





Das Recht

der

Vormundschaft

aus

den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten

entwickelt

von

Dr. Adolph August Friedrich Rudorff,

außerordentlichem Professor der Rechte und Beisitzer des Spruch-collegiums an der Königl. Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin.

Zweiter Band.

Berlin,

bei Ferdinand Dümmler.

1833.



Dritter Abschnitt.

Ablehnung der Vormundschaft.

Quellen:

VATICANA FRAGMENTA, Tit. IV., de excusatione §. 123—248. Dieser Titel ist aus folgenden, früher theilweise unbekannten, Werken in nachstehender Ordnung excerpirt: 1) §§. 123—171., wahrscheinlich aus Ulpian. lib. sing. de excusationibus. 2) §. 172. aus Paulli R. S. (wahrscheinlich lib. II. Tit. XXVII.) 3) §§. 173—229. aus Ulpian. lib. sing. de officio Praetoris tutelaris. 4) §§. 224—226. aus Papiniani lib. XI. Quaest. 5) §§. 227. 228. aus Paulli lib. VI. Quaest. sub rubrica de legitimis tutelis. 6) §§. 229. 230. aus Paulli lib. sing. de excusationibus. 8) §§. 232—236. wieder aus Ulpian. lib. sing. de officio Praetoris tutelaris. 9) §. 237. aus Paulli lib. sing. ad municipalem. 10) §§. 238—242. aus Ulpian. lib. sing. de off. Praet. tut. 11) §. 243. aus Paulli lib.

sing. ad municip. 12) §§. 244. 245. aus Paulli lib. sing. de off. Praet. tut. 13) §. 246. aus Paulli lib. sing. de excusat. tut. 14) §. 247. Paullus lib. I. editionis secundae de jurisdictione tutelari. Aus dieser Uebersicht erhellt, daß die einfache Excerptenordnung keineswegs (wie Glück Pand. XXXI. S. 172. annimmt) hier zum Grunde liegt, sondern daß dieselbe oft dem innern Zusammenhange der Materien aufgeopfert wird: da dies aber noch häufiger umgekehrt der Fall ist, so hält es schwer, sich von dem eigentlichen Plan des Verfassers einen Begriff zu machen.

PAULLI R. S. II. 27. de excusationibus tutorum. 28. de potioribus nominandis. 29. qui potiores nominare non possint. 30. ad Orationem Divi Severi.

LEX ROM. BURG. tit. XXXV. de tutelis minorum.

INST. I. 25. de excusationibus tutorum vel curatorum.

DIG. XXVII. 1. de excusationibus. Auch in diesem Titel sind Ulpian's und Paullus libri singulares excusationum und des Erstern Monographie de officio Praetoris tutelaris benutzt; weit stärker als beide Schriftsteller ist jedoch Modestin's Werk über die Excusationen excerpirt, von welchem indeß auch in den Titeln de confirmando tutore, de tutoribus datis, und qui petant einzelne Bruchstücke vorkommen. Modestin verfaßte dieses Werk unter Alexander Sever und eignete es einem gewissen Ignatius Dexter zu (1). Er selbst nannte es *παραίτησις ἐπιτροπῆς καὶ κουρατορίας* (2) und theilte es in sechs Bücher, unter denen das erste von der Unfähigkeit zur Vormundschaft (3), das zweite und

(1) L. 1. pr. h. t.
(2) L. 1. pr. cit.
(3) L. 1. §. 3. h. t. *τίνας οὐ δεῖ χειροτονεῖσθαι.*

dritte von der Excusation (4), das vierte von den Fristen und dem Forum derselben (5) und endlich das fünfte und sechste von ungültigen Excusationen (6) handelt. Im Eingange erklärt Modestin: seine eigene Rechtstheorie (τὰ νόμιμα) der Excusationen griechisch, die Citate seiner Quellen aber mit Beibehaltung ihrer eigenen Worte (αὐτὰ τὰ τῶν νόμων ῥήματα) vortragen zu wollen (7), weshalb wir denn auch in den uns erhaltenen Fragmenten sowohl Constitutionen verschiedener Kaiser, als auch Jura aus Ulpian's und Paullus Werken über die Excusationen in lateinischer Sprache erhalten haben. — In der Justinianischen Compilation ist nun Modestin's Werk in dieser ursprünglichen Gestalt benutzt worden, weshalb auch die Florentinische Pandectenhandschrift nur den griechischen Text enthält. — Neben diesem griechischen Text ist indeß auch noch eine alte lateinische Uebersetzung auf unsere Zeit gekommen, welche man (8) früher (auf den Grund eines Zeugnisses des Odofredus) (9) dem Burgundio Pisanus zuschrieb. Savigny (10) hat jedoch gezeigt, daß dieses nur von den kleinern griechischen Pandectenstellen verstanden werden dürfe, wogegen die Uebersetzung der größern und namentlich die Fragmente unseres Werkes für älter gehalten werden müsse, als die Schule von Bologna, da Accursius

(4) L. 2. 4. 6. 8. 10. 12. h. t.

(5) L. 13. h. t.

(6) L. 14. 15. h. t.

(7) Modestin. lib. 1. exc. L. 1. §. 2. h. t.

(8) Z. B. Guido Grandi epist. de Pand. ad Jos. Averanium. Pisis 1726. p. 26.

(9) Odofred. ad L. 2. de leg. interpretationes de greco in latinum fuerunt factae per quendam pisanum, qui vocabatur dominus berguntio de pizis.

(10) v. Savigny Gesch. des R. R. im Mittelalter. Bd. III. S. 445. Bd. IV. S. 341.

geneigt ist, dieselbe dem Modestin selbst zuzuschreiben (11), und da sich dabei vielleicht schon eine Glosse des Irnerius findet (12). Durch diese Bemerkung Savigny's geleitet, hat neuerdings Herr Dr. Albert Kriegel eine noch genauere Altersbestimmung unserer Uebersetzung versucht, indem er sie dem sechsten oder siebenten Jahrhundert vindiciren will (13); doch dürfte es ihm nicht gelungen sein, einen wirklich entscheidenden Grund für diese Meinung beizubringen. Rein erhalten ist nun diese alte Uebersetzung nur in den Ausgaben des Infortiatum aus dem 15. und Anfang des 16. Jahrhunderts. Haloander (1529.) giebt sie schon mit seinen eigenen nicht selten gewaltsamen Conjecturen und Verbesserungen. Herr Dr. Kriegel hat indeß aus drei Handschriften der Paulinischen und Rathsbibliothek zu Leipzig und zwei alten Ausgaben des Infortiatum (Venet. 1477. und 1495.) interessante Beiträge zur Herstellung des ursprünglichen Textes der alten Uebersetzung geliefert (14). — Nachdem im Jahr 1541 der griechische Text unserer Fragmente aus Politian's Abschrift der Florentina bei Jo. Hervage in Basel auf Alciat's Veranlassung wieder gedruckt worden war (15), wollte die alte lateinische Uebersetzung nicht

(11) Glossa ad L. 1. pr. h. t. Sed certe bene potest dici e contra, quod ex Graeco in Latinum transtulit Herennius.

(12) Gloss. ad L. 3. §. 5. h. t.

(13) Antiqua versio latina fragmentorum e Modestini libro de excusationibus in Digistorum. lib. XXVI. tit. 3— 5. 6. et lib. XXVII. tit. 1. obviorum in integrum restituta. Lipsiae 1830. 4. p. 17.

(14) Kriegel l. c. p. 10—16.

(15) Pandectarum s. Digestorum libri L. non solum ad editionem Gregorii Haloandri diligenter collati, sed et Andreae Alciati, jureconsultorum nostrae aetatis decoris, consilio judicioque in quamplurimis locis feliciter recogniti; *adjectis ejusdem*

mehr genügen. Deshalb veranstaltete Alciat's Schüler Antonius Augustinus eine neue und elegantere Version nach der Ordnung, in welcher die Fragmente im 26. und 27. Buch der Pandecten auf einander folgen (16), welche von Cujacius sowohl als Balduinus und Otto nach Verdienst gelobt und von Letzterem auch gegen die Ausstellungen des Ferandus Adduensis (17) in Schutz genommen wird. — Seitdem enthalten nun unsere neuern Ausgaben des Corpus Juris bald den griechischen Text, bald die Vulgata, bald endlich den Text mit einer oder beiden Uebersetzungen. Auch Heinrich Breuning liefert bloß den Text aus der Taurellischen Recension und einen fehlerhaften Abdruck der Vulgata (18), während Herr Dr. Kriegel außer dem Taurellischen Text, der verbesserten Vulgata und Augustinischen Version, auch noch die Haloandrinische mit aufgenommen hat.

Cod. Theod. III. 20. (olim XXXI.) de excusatione tutorum.

Cod. V. 62—70, (besonders V. 62. de excusationibus tutorum et curatorum et de temporibus earum.)

Schriftsteller:

Lipenius p. 468. Schott p. 176. Madihn p. 549 unter excusatio tutelae.

beneficentia Modestini responsis graecis in titulo de excusationibus tutorum hactenus desideratis, nec unquam antea editis. Basileae ap. Jo. Hervagium. Anno MDXLI.

(16) Antonii Augustini ad Modestinum sive de excusationibus liber singularis. Opp. Tom. II. p. 95—120. und in Ev. Ottonis Thes. Tom. IV. p. 1559—1604.

(17) Ferand. Adduensis Explic. lib. 1. c. 27. (Otto Thes. T. II. p. 532.) Otto de Aedilib. colon. c. 6. §. 3. p. 176 seqq.

(18) Henr. Breuning Specimen I—IV. interpretationis ex Herennio Modestino. Lips. 1752. 1753. 4.

C. G. Gebauer Excurs. VI. ad Ord. Instit. p. 334—360.
A. A. de Buchholtz Diss. ad Orationem Divi Severi de potioribus nominandis. Regim. 1824. 8.

I. Begriff und Arten der Entschuldigungen.

§. 61.

Die verschiedenen Arten der Begründung einer Vormundschaft sind nunmehr vollständig erörtert worden. Allein eine begründete Vormundschaft kann noch auf mehrfache Weise abgelehnt werden. Von dieser Ablehnung einer deferirten und Niederlegung einer begonnenen Vormundschaft ist gegenwärtig noch genauer zu handeln.

Daß zuvörderst bei einer eigentlichen Nullität der Delation der Vormund berechtigt sei, die Vormundschaft im Wege einer einfachen Nichtigkeitsbeschwerde zurückzuweisen oder sie niederzulegen, versteht sich nach dem Bisherigen ganz von selbst. Allein selbst gegen eine gültige Bestellung stehen dem Vormunde noch verschiedenartige Befreiungsmittel zu Gebote.

Zwei derselben, welche der Römischen Geschlechtstutel eigenthümlich waren und mit dieser für das Justinianische Recht wegfallen, nämlich die in jure cessio und die abdicatio, sind bereits oben in einem andern Zusammenhange erörtert worden (1).

Zwei andere, welche bei den übrigen Vormundschaf-

(1) Vgl. §§. 28. und 40. Th. I. S. 199—204. und S. 311. 312.

ten gelten und von denen wenigstens eins noch im Justinianischen und heutigen Recht vorkommt: die excusatio und potioris nominatio, bilden den Gegenstand des gegenwärtigen Abschnittes.

Unter jener verstehen wir im Allgemeinen die Ablehnung oder Niederlegung der Vormundschaft auf den Grund einer durch die Bestellung verletzten Immunität (immunitas, vacatio, excusatio in diesem Sinne); unter dieser hingegen die Ablehnung auf den Grund des Vorschlags eines passendern Subjectes (2).

Beide Institute sind der Vormundschaft nicht eigenthümlich, sondern beruhen auf allgemeinen Rechtsgrundsätzen über die öffentlichen Lasten und Aemter. Jedem nämlich, der zu einem munus oder honor berufen wird, steht gegen das constituirende Decret noch das Rechtsmittel der Appellation offen (3). Es versteht sich, daß er dasselbe innerhalb der gewöhnlichen Fatalien, also nach älterem Recht in zwei bis drei, nach neuerem Recht in zehn Tagen interponiren (4) und gehörig prosequiren muß. Alsdann aber erwächst die Sache zur Cognition einer höhern Instanz, in welcher die Beschwerden (causae) gegen das Decret, d. h. eben jene angeblich verletzten Immunitäten oder jene Vorschläge besserer Subjecte gehörig erörtert werden müssen. Wird er nun in der Appellationsinstanz abgewiesen, so ist er rückwärts vom Au-

(2) Glück Pand. XXXI. S. 178—181. de Buchholtz ad Vat. Fr. Exc. II. p. 327.

(3) L. 1. pr. §. 1. L. 10. §. 3. de vac. mun. L. un. C. eod. L. 4. C. de mun. patr. L. 1. §. 1—4. Quando app.

(4) L. 1. §. 5. seqq. L. 2. 3. Quando app.

genblick der Bestellung an gültig Vormund gewesen, folglich für das periculum cessationis verantwortlich. Werden dagegen die Beschwerden für erheblich erkannt, so erfolgt eine Cassation der Bestellung mit rückwirkender Kraft.

Diese Grundsätze gelten bei der großen Mehrzahl der munera und honores noch im Justinianischen Recht (5). Allein gerade die Excusation und potioris nominatio bei der Vormundschaft hat eine ganz eigenthümliche Ausbildung erhalten. Eine Constitution von Marcus und Verus (6) hat nämlich das beschränkte Devolutivrechtsmittel der provocatio oder appellatio in diesem Falle aufgehoben (7) und demselben ein nicht devolutives mit viel längern Fatalien, nämlich 50 Tagen zur Interposition der excusatio oder potioris nominatio und 4 Monaten zur Fortstellung derselben substituirt. Die eigenen Worte dieser Constitution scheinen in einer Stelle der Vaticanischen Fragmente erhalten zu sein, in welcher sie gewöhnlich als solche nicht bemerkt werden.

Vat. Fr. §. 156. Hi, qui Romae vel intra centesimum (milliarium) fuerint, sciant in proximis diebus

(5) D. L. 5. 6. C. X. 44—65. L. 1. §. 2. Quando app. Alia causa (sc. quam tutorum) est eorum, qui ad aliquod munus vel honorem vocantur, cum dicant se habere excusationem: nam non aliter allegare possunt causas immunitatis suae, quam si appellationem interposuerint.

(6) Vat. Fr. §. 155. L. 16. 13. §. 1. 2. h. t. L. 1. §. 1. de adm.

(7) L. 1. §. 1. Quando app. Si quis tutor datus fuerit vel testamento vel a quo alio, qui jus dandi habet, non oportet eum provocare; hoc enim D. Marcus effecit: sed intra tempora praestituta excusationem allegandam habet, et si fuerit pulsa, tunc demum appellare debebit: ceterum ante frustra appellatur.

quinquaginta se excusationis causas allegare debere, aut capessere administrationem; ac nisi id fecerint, in ea causa fore, in qua sunt, de quibus consules amplissimi decreverunt, periculo suo eos cessare.

In dieser freiern Gestalt hat sich das Rechtsmittel gegen Vormundschaften im Ganzen bis auf Justinian erhalten, obgleich das Schicksal der einzelnen Ablehnungsgründe noch insofern ein ganz entgegengesetztes gewesen ist, als sich die Excusationen bis auf Justinian noch immer weiter ausgebildet haben, während von dem Institut der Nomination, welches die in den Vaticanischen Fragmenten benutzten Juristen in derselben Ausführlichkeit, wie das Recht der Excusationen darstellen (8), im Justinianischen Rechtsbuch nur noch wenige zweifelhafte Spuren (9) übrig sind, deren Erhaltung überdies weit mehr dem Zufall oder der Nachlässigkeit der Compilatoren zuzuschreiben ist, als der Absicht Justinian's, das Institut in den practischen Rechtszustand seiner Zeit, wie ihn sein Rechtsbuch bestimmen sollte, mit aufzunehmen.

Fragt man nun nach den Gründen des Verschwindens der potioris nominatio im Justinianischen Recht, so dürften besonders folgende Umstände dasselbe veranlaßt haben: Einmal darf man sich den practischen Gebrauch dieses Rechtsmittels von jeher nicht sehr bedeutend vorstellen. Es galt nur gegen Tutelen, welche durch obrigkeitliches Decret aufgelegt

(8) Vat. Fr. §. 157—168. 206—220. 242. Paullus R. S. II. 28—30.

(9) Rubr. und L. 2. de fidej. tut. L. 12. C. Qui dare (381), welche Stellen sich aber beide auch anders erklären lassen.

sind, war durch die Oratio Severi den Vormündern, welche vielleicht gerade am häufigsten bestellt wurden, entzogen und wurde auch von den übrigen nur dann gebraucht, wenn es an allen Excusationen fehlte, indem es den Nominans nie rein von dem Periculum befreite, sondern ihm immer noch eine subsidiarische Verbindlichkeit übrig ließ. Daß es aber auch in diesen engen Schranken nicht fortdauerte, während es doch bei den übrigen öffentlichen Lasten practisch blieb (10), scheint seinen Grund weniger in irgend einer gesetzlichen Aufhebung, als vielmehr in der Ansicht der spätern Zeit zu haben, nach welcher zu der schärfern Controlle und dem geregeltern Geschäftsgange der obervormundschaftlichen Behörden seit Sever nur noch gesetzmäßige Excusationen, nicht aber willkürliche Vorschiebungen Anderer zu passen schienen (11).

II. Allgemeine Bedingungen der Entschuldigung.

§. 62.

Die Zulässigkeit einer Excusation und potioris nominatio hängt nan aber zunächst von folgenden allgemeinen Voraussetzungen ab:

1. Die deferirte Vormundschaft muß ein munus publicum sein (§. 1.). Vorzüglich aus diesem Grunde kommt sowohl die Excusation als die Nomination bei der gesetzlichen

(10) C. X. 65. de potioribus ad munera nominandis.

(11) Schrader in der krit. Zeitschrift Bd. I. S. 180. Zimmern Geschichte Bd. I. §. 242. S. 944. de Buchholtz ad Vat. Fr. Exc. II. p. 333 sqq. Klenze Cognaten und Affinen S. 85. 86.

und testamentarischen Geschlechtstutel nicht vor (1) und bezieht sich daher nur auf die Pupillentutel und die Cura (2). Bei diesen letztern Vormundschaften gelten aber auch beide Institute und es kann nur ein zufälliger, aus der größern Wichtigkeit der Tutel zu erklärender Umstand sein, daß die Vaticanischen Fragmente fast nur bei dieser der Nomination gedenken (3).

II. Die Delation der Vormundschaft muß rechtsgültig sein. Ist sie nämlich mit einer Nullität behaftet, so ist ein rescindirendes Rechtsmittel weder statthaft noch nothwendig, sondern nur eine einfache Richtigkeitsbeschwerde denkbar. Diese aber ist weder an bestimmte Fatalien (4), noch an eine bestimmte Prozeßform gebunden. Am häufigsten wird sie in der Form einer einfachen Einrede gegen die utilis actio wegen Cessation practisch vorkommen. Wird sie aber hier bewiesen, so befreit sie den Vormund vollständig von aller Verbindlichkeit, vorausgesetzt, daß er sich nicht in die Verwaltung eingemischt hat, weil er in diesem Falle als Protutor oder Geschäftsführer würde belangt werden können.

III. Bestritten ist es aber, ob eine bestimmte Art der Delation erforderlich sei, damit Excusation und Nomination eintreten könne, oder ob diese Rechtsmittel ohne Unterschied des Delationsgrundes Statt finden. Erwägt man, daß beide

(1) Gaj. I. 182. Ulp. XI. 23.

(2) Theoph. ad §. 17. J. h. t. L. 13. pr. h. t. Vat. Fr. §. 211. 220. L. 12. C. qui dare.

(3) de Buchholtz Exc. ad Vat. Fragm. p. 333.

(4) L. 1. C. de conf. tut. L. 13. §. 12. 16. h. t. L. 40. 58. §. 2. de adm.

Rechtsmittel ursprünglich Appellationen waren, jede Appellation aber ein Decret voraussetzt, von welchem appellirt wird, so könnte man auf den ersten Blick geneigt sein, dieselben auf obrigkeitliche Bestellungen oder Confirmationen einzuschränken.

In der That hat schon das Concilium Chalcedonense a. 451. (5) und in neuerer Zeit Cujacius (6) die Behauptung aufgestellt, daß wenigstens eigentliche Excusationen bei gesetzlicher Vormundschaft nicht Statt fänden. Letzterer beruft sich auf

> L. 13. pr. h. t. ... *οὔτε οἱ χειροτονηθέντες ἐπίτροποι, οὔτε οἱ κατὰ διαθήκην δοθέντες ἐκκαλεῖσθαι ἀνάγκην ἔχουσιν....*
>
> §. 16. J. h. t. Qui autem excusare se volunt, non appellant, sed intra dies L. continuos, ex quo cognoverunt, excusare se debent: *cujuscunque generis sunt i. e. qualitercunque dati fuerint tutores.*

in welchen beiden Stellen die Excusation nur auf dati tutores, d. h. testamentarische nnd obrigkeitliche, nicht aber gesetzliche, bezogen werde. Allein diese Stellen beweisen eher gegen jene Meinung; sie sagen nämlich, daß seitdem die Entschuldigung keine Appellation mehr sei, sie auch nicht mehr, wie ehemals, auf dativi und confirmati tutores beschränkt werden könne, sondern bei allen Vormündern ohne Unterschied gelten müsse. Daß aber in denselben blos testamentarische

(5) Concil. Chalced. a. 451. c. 3. „nisi utique *ex lege* ad *inexcusabilem* impuberum tutelum vocetur." Photius Syntagma can. ed. Par. 1561 fol. p. 178. c. 26. D. 86. c. 1. C. 21. Qu. 3.

(6) Cujac. ad L. 13. h. t.

Vormünder und nicht gesetzliche als Beispiele vorkommen, ist rein zufällig; denn in sehr vielen andern Stellen werden auch die gesetzlichen ausdrücklich für excusationsfähig erklärt:

Theophilus ad §. 17. J. h. t. *Κεχρήσθωσαν τῇ ἐξκουσατιόνι, εἴτε λεγίτιμοι, εἴτε πάτρωνες εἴτε φιδουκιάριοι, εἴτε ὑπο ἄρχοντος διδομένοι, ἢ ὑπὸ νόμων καλούμενοι.*

Lex Rom. Burgund. tit. XXXVI. Tutores, *etiamsi legitimi* inveniantur, taliter excusantur.

L. 30. h. t. ...aequum est tutorem pupillo dari, recepta patrui excusatione.

L. 30. §. 2. h. t. Qui privilegio subnixus est, fratris curationem suscipere non cogitur.

L. 3. §. 8. de leg. tut. L. 1. 4. C. eod. L. 9. C. Qui dare. Nov. 118. c. 5.

Der Einwand des Cujacius, daß diese Stellen von einer excusatio ad tempus zu verstehen seien, welche keine eigentliche Excusation heißen könne, ist aber darum völlig ungegründet, weil in mehreren von einer datio in locum excusati die Rede ist, welche nach dem S. C. gewiß eine excusatio perpetua voraussetzte (7).

Anders als bei der Excusation stand aber allerdings die Sache bei der potioris nominatio. Schon die Formel derselben, wie sie die Vaticanischen Fragmente uns mittheilen, beschränkt dieses Rechtsmittel auf die durch obrigkeitliches Decret ernannten Vormünder (8).

(7) Vgl. Schulting ad Ulp. XI. 17. Not. 46. Zimmern Gesch. des R. P. R. I. 2. S. 903. N. 2.

(8) Vat. Fr. §. 166.

Für solche decreto dati sind nun aber theils die dati, theils die confirmati zu halten. Indeß ist in Rücksicht der letzteren ein Unterschied zu machen zwischen dem letzten Willen des Vaters und dem der Mutter, Großmutter und anderer Personen. Die von der Mutter, Großmutter u. s. w. ernannten Vormünder werden nämlich nicht ohne Inquisition confirmirt und gelten deshalb den datis auch in Rücksicht der potioris nominatio völlig gleich (9); die vom Vater ernannten werden hingegen ohne Weiteres bestätigt und sollen deshalb nach einem Rescript von Sever und Caracalla an den Aelius Diodotus auch keinen Nähern vorschlagen dürfen, „weil des Vaters Wille, wenn auch der Strenge nach ungültig, dennoch befolgt werden müsse (10).“ Soll aber schon bei unvollkommener testamentarischer Ernennung die potioris nominatio nicht gelten, so versteht sich um so mehr von selbst, daß Vormünder, welche nach allen Regeln des Civilrechts vom Vater oder Großvater im Testament oder in confirmirten Codicillen eingesetzt sind, auf dieses Rechtsmittel keinen Anspruch haben. Hiernach scheinen denn auch gesetzliche Vormünder von der Nomination ausgeschlossen gewesen zu sein (11).

(9) L. 4. D. L. 4. C. de test. tut. L. 4. §. 4. Qui petant. L. 2. pr. D. L. 1. C. de conf. tut.

(10) Vat. Fr. §. 159. 246. cf. Vat. Fr. §. 211., woselbst so zu ergänzen ist: Ne hi quidem possunt, quos praetor confirmavit testamento designatos *a patre*, ut Imp. noster Diodoto praetori rescripsit. Proinde si a matre fuerant designati, an potiores nominare possint, quaeri potest; et puto eos nominare posse; nam de iis tantum rescriptum est, qui a patre erant designati. Eine Ausnahme im Verfolg dieser Stelle kann erst weiter unten deutlich werden.

(11) de Buchholtz, Diss. cit. p. 62. und ad Vat. Fr. p. 327.

III. Gründe der Entschuldigung.

A. Begriff und Eintheilungen.

§. 63.

Die einzelnen rechtlichen Gründe, durch deren Angabe und Ausführung man von der Gefahr einer gültig übertragenen Vormundschaft frei wird, werden in der Theorie des römischen Rechts auf mehrere Klassen zurückgeführt.

I. Vor allem unterscheidet das Römische Recht selbst sehr genau zwischen eigentlichen excusationes (tituli, causae excusationis) (1) und potioris nominatio, indem es unter jenen die eigenen Immunitäten des Vormundes, unter dieser den bloßen Vorschlag eines andern Subjects ohne Anführung eigener Verhinderungsgründe versteht.

II. Die eigentlichen excusationes, deren sich durch verschiedene Rechtsquellen allmälig eine bedeutende Anzahl gebildet hat, lassen sich zunächst in Ansehung ihres Grundes in nothwendige und freiwillige (sogenannte excusationes necessariae und voluntariae) eintheilen. Jene beruhen auf einer Untauglichkeit des Vormundes, welche zwar die Gültigkeit der Bestellung nicht hindert (§. 62. N. II.), aber doch insofern ihn nöthigt (2), sich zu excusiren, als im entgegengesetzten Fall

Doch beweist der hier angeführte Grund: daß es keine potiores gebe, als eben die legitimi, zu viel, denn er gilt nur von denjenigen legitimis, welche zugleich *proximi* cognati u. s. w. sind.

(1) L. 38. h. t. Vat. Fr. §. 156. L. 6. §. 13. L. 17. 23. 31. 38. 39. 44. 45.

(2) L. 17. C. h. t. „excusare se debet." Vat. Fr. §. 201. Glück Comm. XXXI. S. 190—194.

eine Absetzung oder Remotion, oder sogar Strafen erfolgen würden; diese hingegen beruhen auf wahren Immunitätsprivilegien, aus denen ein tutor oder curator habilis zwar befugt aber nicht verpflichtet ist, sich der Vormundschaft zu entziehen, so daß er, wenn er sie nicht vorbringt, die Administration fortführen muß. Für diese braucht daher auch das Römische Recht häufig den Ausdruck privilegium (3), vacatio (4) und immunitas (5). — Von den neuern Gesetzgebungen hat nur die österreichische die Eintheilung in excusationes voluntariae und necessariae beibehalten (6).

III. Ferner zeigen sich auch in Ansehung der Wirkungen der Excusationen mehrere wichtige Verschiedenheiten.

1. Einige Excusationen befreien nämlich für immer, andere nur eine Zeit lang von der Verwaltung und Gefahr der Vormundschaft (excusationes perpetuae und temporales).

2. Die meisten Excusationen befreien nur a tutela suscipienda, weil mit der Uebernahme der Vormundschaft, ohne gleichzeitige Vorschützung einer Excusation, das Recht zu dieser verloren geht (7). Doch giebt es einige, welche auch a tutela suscepta befreien (ob quas tutelam deponere licet) (8).

3. Endlich

(3) Vat. Fr. §. 223. L. 30. §. 2. h. t. L. 69. §. 2. de leg. 2. L. 2. §. 34. ad S. C. Tertull. L. 2. C. Quando mul.

(4) L. 17. §. 3. L. 36. §. 1. h. t. Vat. Fr. §. 129. Plin. epp. X. 66.

(5) Vat. Fr. 132. 134.

(6) Oesterr. G. B. §. 191—193. Vgl. damit Preuß. Landr. II. 18. §. 129 ff.

(7) L. 45. pr. h. t. L. 11. §. 2. de min. v. quum enim.

(8) Auf diese ging ursprünglich Vat. Fr. §. 83. in fin. v. Hi quos, mit welchen Worten eigentlich ein neuer §. beginnen sollte.

3. Endlich unterscheidet man Excusationen von der ganzen Tutel und von einem Theile derselben, z. B. von allzuweit entfernt liegenden Gütern (excusationes pro parte).

In den neueren deutschen Gesetzen findet man nicht selten den allgemeinen Grundsatz, daß es bei den Excusationen weit weniger auf deren rechtliche Fundation, als auf richterliches Ermessen ankomme (9), doch muß sich der Richter dabei durch die römische Theorie, soweit sie anwendbar ist, leiten lassen (10). Andere Gesetze haben aber wiederum selbst eine Anzahl von Entschuldigungs- und Unfähigkeitsgründen aufgestellt, welche größestentheils aus dem römischen Recht und dessen Praxis entlehnt sind (11).

In der folgenden Darstellung sollen nun zunächst die nothwendigen, dann die freiwilligen Excusationen und zuletzt die Gründe der potioris nominatio vorgetragen werden.

B. Excusationes necessariae.

1. Absolute Hindernisse.

a. Mangelnde Rechtsfähigkeit.

§. 64.

Da die Vormundschaft ein öffentliches Amt ist, so sind auch diejenigen von ihr ausgeschlossen, welche keine volle politische Rechtsfähigkeit besitzen. Dahin gehören:

(9) Z. B. Baier. Landr. Th. I. C. 7. §. 21.

(10) Zwierlein obs. sel. ex jur. germ. de excus. tut. Giess. 1755.

(11) Preuß. Landr. VI. 18. §. 130 —171. Code civ. liv. 1. tit. 10. sect. 7.

I. Sclaven. Die Ernennung derselben im Testament ist zwar nicht immer absolut nichtig, sondern wird bisweilen, als unter der stillschweigenden Bedingung der Freiheit angeordnet, erhalten (1). Die Ernennung durch die Obrigkeit aber, bei welcher weder ausdrückliche, noch stillschweigende Bedingungen statthaft sind, ist unbedingt ungültig (2).

II. Nichtbürger. Der ursprünglichen Regel nach sind sie ausgeschlossen (3). Doch gilt dieselbe von Latinis Junianis nur bei testamentarischer Ernennung (4), während ihre Bestellung von Seiten der Obrigkeit wenigstens in späterer Zeit als gültig betrachtet wurde (5).

III. Nach deutschem Recht Gebannte und Geächtete (6), desgleichen Rechtlose und unächt Geborene (7), was jedoch im heutigen Recht nicht mehr anwendbar ist.

Haussöhne dagegen, da sie in politischen Dingen vollkommen rechtsfähig sind, können allerdings Vormünder sein (8). Neuere Gesetzgebungen verlangen jedoch die väterliche Einwilligung, welche nach gemeinem Recht nur Bedingung der Verbindlichkeit des Vaters aus der Vormundschaft ist, ganz allgemein (9).

(1) Theil I. S. 280—284.
(2) L. 7. C. Qui dare.
(3) L. 17. de poenis.
(4) Theil I. S. 279. 280.
(5) Vat. Fr. §. 193.
(6) Schwäb. Landr. 324, 10.
(7) Schles. Landr. 42, 1.
(8) Pr. J. Qui dari tut. L. 7. de tutelis. L. 13. §. 5. L. 14. ad S.C. Treb. Theil I. S. 7..
(9) Preuß. Landr. II. 18. §. 133.

b. Eigene Schutzbedürftigkeit.

§. 65.

Quelle:

C. V. 35. Quando mulier tutelae officio fungi potest.

Das römische Recht enthält die allgemeine Regel, daß derjenige, welcher selbst eines Vormundes bedarf, keines Andern Vormund sein kann (1). Dahin gehören nun:

I. Frauen. Sie können sowohl im älteren Recht, als auch im Justinianischen nach Aufhebung der Geschlechtstutel nicht Vormünderinnen (tutrices und curatrices) sein (2). Nur gehört dieser Fall nicht eigentlich hierher, da Frauen nicht erst durch eine Excusation der Vormundschaft entgehen, sondern die Delation selbst in allen Fällen schon ipso jure null ist (3). Je mehr aber die Geschlechtstutel verfiel, um so mehr war das spätere Recht geneigt, da, wo ein wirkliches practisches Bedürfniß einer weiblichen Vormundschaft vorhanden ist, nämlich bei der Mutter und Großmutter, eine Ausnahme zu statuiren (4). In diesem Falle findet aber weder eine nothwendige, noch freiwillige Excusation Statt, da die Vormundschaft der Mutter nur auf ihre ausdrückliche Bitte übertragen wird (5).

(1) L. 5. C. de leg. tut. Cui enim ferendum est, eundem esse tutorem et sub tutela constitui; et iterum eundem esse curatorem, et sub cura agere? Haec certe et nominum et rerum foeda confusio est. Vergl. Preuß. Landr. II. 18. §. 130.

(2) Theil I. §. 1. S. 7. §. 33 S. 249. 250.

(3) Thl. I. §. 28. S. 197. §. 36. S. 285. Note 29. L. 21. pr. h. t. (Modestin. lib. 1. de excus.)

(4) Thl. I. §. 33.

(5) Thl I. §. 33. S. 257. Note 46.

II. Unmündige und Minderjährige. Jugend des Tutors und Curators bildete nach älterm römischen Recht einen bloßen Excusationsgrund, bei welchem jedoch noch zwischen den Delationsgründen unterschieden werden muß.

Ist nämlich der Vormund im letzten Willen ernannt, so gilt die Ernennung als eine stillschweigend bedingte. Die Vormundschaft wird ihm also nicht eher deferirt, als bis er majorenn ist, und von einer Excusation wegen Minderjährigkeit kann hier gar nicht die Rede sein (6).

Ist er durch das Gesetz zur Vormundschaft berufen, so ist er sogleich Tutor (7), aber so lange er noch Pupill ist, wird er gar nicht zur Verwaltung zugelassen, sondern ein Interimsvormund bestellt, welcher mit der Pubertät wieder abgeht (8). Ist er aber pubes, so wird er allerdings zugelassen, da nach älterm Recht die Pubertät Anfangstermin der vollständigen öffentlichen Rechtsfähigkeit ist; nur hat er seines Alters wegen eine freiwillige Excusation (9).

Ebenso wurde wahrscheinlich auch bei obrigkeitlicher Vormundschaft ein Minderjähriger nicht als unfähig betrachtet, sondern blos zur Excusation zugelassen (10).

Justinian hat aber allgemein die Minderjährigkeit der Unmündigkeit gleichgestellt. Der Minderjährige soll so wenig als der Unmündige zur Ausübung der legitima tutela zugelassen werden, wenn er auch wollte, nur soll er dadurch sein

(6) Thl. I. S. 284.
(7) Thl. I. S. 198. 199. Note 10—12.
(8) Thl. I. S. 398. 399.
(9) §. 13. J. de excus. Vat. Fr. §. 151. 223.
(10) Vat. Fr. §§. 151. 223.

Erbrecht nicht einbüßen und auch wohl nicht zu Gunsten des folgenden Grades übergangen, sondern nur durch einen Interimsvormund ersetzt werden, wie es beim impubes Regel war. Ebenso soll er nicht zum dativus tutor bestellt werden, und wenn dies dennoch geschehen wäre, auch ohne Excusation von der Verwaltung entfernt werden (11).

Das ältere deutsche Recht ließ, wie das ältere römische, schon den zu seinen Jahren gekommenen zur Vormundschaft zu.

III. Nach Analogie dieser Constitution Justinians hält die neue Doctrin, Praxis und Gesetzgebung auch gerichtlich erklärte Verschwender für unfähig (12), und es läßt sich allerdings nicht läugnen, daß diese Meinung der in derselben aufgestellten allgemeinen Regel gemäß ist (13). Die neuern Gesetze gehen sogar oft noch weiter, wenn sie verordnen, daß alle mit vielen Schulden überladene Personen schon deshalb nicht zu Vormündern genommen werden dürfen (14).

IV. Aus demselben Grunde werden manche Gemüths- und körperliche Kranke und Gebrechliche excusirt. Von dieser Excusation kann jedoch erst weiter unten im Zusammenhange mit der excusatio voluntaria wegen Krankheit die Rede sein.

(11) L. 5. C. de leg. tut. 529. §. 13. J. h. t. Hieraus ist z. B. L. 10. §. 7. de excus. und L. 9. §. 1. de tutelae interposit. Ueber erstere Stelle (vgl. Kriegel l. c. p. 63. n. 363. n. 120. 148.

(12) Sächs. Landr. I. 42. §. 2. Schwäb. Landr. 319, 1, 4. Preuß. Landr. II. 18. §. 131—133. Oesterr. Gesetzb. §. 191. Code civ. a. 442.

(13) Code civ. a. 442. n. 2. Würtemb. L. O. Tit. 32. §. 2. 3.

(14) Würtemb. L. O. 32, 2. Sächs. Vorm. Ordn. C. 8. §. 1. N. 5. Junghans S. 5.

c. Moralische Mängel.

§. 66.

Nur solche Personen dürfen von der Obrigkeit zur Vormundschaft zugelassen werden, in Rücksicht deren kein Verdacht vorhanden ist, daß sie die Vormundschaft gewissenlos führen werden (1). Ausgeschlossen sind daher:

I. Alle Personen, welche ein schlechtes unehrbares Leben führen (2).

II. Alle diejenigen, welche wegen schlechter Verwaltung schon einmal einer Vormundschaft entsetzt sind (3).

III. Alle diejenigen, welche sich zu einer Vormundschaft zudrängen, oder wohl gar, um sie zu erlangen, Geld bieten oder geboten haben (4).

Die Unfähigkeit wegen gewisser Aemter wird unten in Verbindung mit den excusationes voluntariae erörtert werden.

2. Relative Hindernisse.

a. Feindschaft.

§. 67.

Bearbeitung.

J. L. E. Püttmann Advers. jur. univ. Lib. I. c. 1.

Feindschaft zwischen dem Vater des Pfleglings und dem

(1) L. 21. §. 5. Qui dare. Schwäb. Landr. 319, 4. Schles. Landr. 42. pr.

(2) Schles. Landr. Cap. 42. pr. Preuß. Landr. II. 18. §. 135.

(3) L. 1. §. 8. de susp. tut. Preuß. Landr. II. 18. §. 136.

(4) L. 21. §. 6. de tut. dat.

Vormunde kann unter folgenden Voraussetzungen eine Excusation oder Rejection des Letztern zur Folge haben:

I. Es muß eine wirkliche Feindschaft vorhanden sein; eine bloße Unbekanntschaft mit dem Vater des Pupillen kommt nicht in Betracht (1).

II. Diese Feindschaft muß ferner eine capitalis sein. Unter capitales inimicitiae sind aber nicht gerade mit Jacob Råvard (2) in feierlicher Form abgesagte Feindschaften, auch nicht ausschließlich solche, die in einer peinlichen Anklage oder status quaestio (capitalis accusatio) ihren Grund haben (3), sondern alle eigentliche (offenbare oder heimliche) Todfeindschaften im Gegensatz einer levis offensa (4) zu verstehen.

III. Es darf auch keine Aussöhnung zwischen den Partheien Statt gefunden haben (5).

Ist nun eine Feindschaft dieses Grades zwischen dem Vater und dem Vormunde vorhanden gewesen, so sind die Wirkungen derselben in Rücksicht der Tutel folgende:

I. Wenn die Ernennung des Vormundes vom Vater selbst ausgegangen ist, so ist zwischen einer Feindschaft, die dem Testament vorherging und einer solchen, die ihm nachfolgte, zu unterscheiden. Die erste kommt in der Regel weder als excusatio necessaria, noch voluntaria in Betracht, weil die Einsetzung des Feindes zum Tutor die Präsumtion be-

(1) L. 15. §. 14. h. t. §. 10. J. h. t. (Rescr. von Marcus und Verus.)

(2) Raevard. Var. V. 15.

(3) L. 3. §. 11. L. 31. §. 2. de adm. leg. §. 12. J. h. t.

(4) L. 6. §. 17. h. t. §. 11. J. h. t. Paullus II. 27. §. 1. Cujac. ad §. 11. J. h. t. Interpr. Goth. ad Paull. l. c. „Si cum patre — graves inimicitias habuisse cognoscitur."

(5) §. 11. J. h. t.

gründet, daß eine Aussöhnung erfolgt sei (6). Diese Präsumtion kann aber freilich durch den Gegenbeweis entkräftet werden, daß eben die Ernennung eine Folge der Feindschaft sei, indem der Vater den Vormund deshalb ernannt habe, um ihn in Geschäfte und Gefahr zu verwickeln, und in diesem Falle kann er nach einer Constitution von Sever sich dennoch entschuldigen (7). Ist hingegen die Feindschaft erst nach dem letzten Willen entstanden, dann ist umgekehrt anzunehmen, daß wie Alles im Testament, so auch die Tutel adimirt sei. Es wird daher in diesem Falle selbst der gültig ernannte Vormund nicht zugelassen und um so mehr der unvollkommen ernannte nicht bestätigt (8). — Die hier vorgetragene Ansicht findet sich schon bei Montanus, wogegen Broüs und Glück meinen, auf den oben angegebenen Unterschied in Rücksicht der Entstehungsart der Feindschaft komme nichts an, da die Präsumtion der Verzeihung durch das Testament in den Institutionen aufgehoben sei (9), wobei sie jedoch übersehen, daß die

(6) L. 6. §. 17. h. t. *Δίδωσιν ἄφεσιν ἐπιτροπῆς καὶ κεφαλικὴ ἔχθρα τῷ χειροτονηθέντι γενομένη πρὸς τὸν πατέρα τῶν ὀρφανῶν, ἕκτος εἰ μὴ κατὰ διαθήκας φανείη δοθὲις ὁ ἐπίτροπος, πλὴν εἰ μὴ μέτα τὸ γραφῆναι τὴν διαθήκην κεφαλικὸς, ἀγὼν αὐτοῖς πρὸς ἀλλήλους συνέςη, ἢ εἰ μὴ πρεςβυτέρα μὲν ἐςὶν τῆς διαθήκης ἡ ἔχθρα, διὰ τοῦτο δε δοκει δίδοσθαι ἐπίτροπος, ἵνα ὑποβληθῇ ἐνοχῇ καὶ πράγμασιν· καὶ τοῦτο ἐξ ἐπιςολῆς Σεβήρου βασιλέως δεἰκνυται.* Basilica XXXVIII. 1. 6. Tom. V. p. 4. *Καὶ ὁ ἔχων ἔχθραν κεφαλικὴν πρὸς τὸν πατέρα τοῦ ὀρφανοῦ, εἰ μὴ κατα διαθήκας ἐδόθη καλῇ προαιρέσει καὶ προτερεύει ἡ ἔχθρα τῆς δόσεως.*

(7) L. 6. §. 17. in fin. Daraus §. 9. I. de excus.

(8) L. 8—10. de conf. tut.

(9) Montanus c. XXXV. n. 168. Preuß. Landr. II. 18, 182. — Franc. Broei Expos. in Just. Inst. ad §. 9. J. de excus. n. 1. p. 164. Glück Pand. XXIX. S. 90.

Institutionenstelle blos ein aus dem Zusammenhange gerissenes Bruchstück der Pandectenstelle enthält, welches eben nur durch jenen Zusammenhang seine wahre Bedeutung bekommt.

II. Wenn dagegen die Ernennung von der Obrigkeit geschah, so begründet die Feindschaft ohne Unterschied eine Excusation.

Ist aber diese Excusation eine freiwillige oder nothwendige? In den Institutionen und bei Theophilus kommen allerdings Ausdrücke vor, welche auf eine freiwillige Excusation hindeuten.

§. 11. J. de excus. Inimicitiae — si capitales fuerunt — a tutela vel cura solent excusare.

Theoph. ad h. t. *Ἔχθρα — κεφαλικὴ — ἀπολύει με τῆς ἐπιτροπῆς, ἐι δὲ οὐκ ἐςὶ κεφαλικὴ οὐ δίδωσιν ἐξκουσατιόνα.*

Wenn wir aber mit diesen Stellen diejenigen vergleichen, nach welchen dem im Testament unvollkommen ernannten Vormunde wegen Feindschaft die prätorische Bestätigung verweigert wird (10) und nach welchen der Prätor den Vormund wegen Feindschaft mit dem Vater soll absetzen können (11), so ergiebt sich alsbald, daß das Wort excusare hier nicht blos in der engern Bedeutung einer excusatio voluntaria gebraucht sein kann. Dieses bestätigt noch vollständig eine Stelle im Paullus, welche als Grund der Excusation anführt: ne paterno inimico pupilli committantur (12).

(10) L. 8—10. de conf. tut.
(11) L. 3. §. 12. de susp. tut.
(12) Paullus II. 27. 1.

Auch das ältere (13) und neuere deutsche Recht betrachtet diese Excusation als eine nothwendige (14).

b. Status controversia und lis.

§. 68.

Ein Prozeß zwischen dem Pflegebefohlenen und dem Vormunde kann die Beiordnung eines tutor praetorius oder curator ad litem nothwendig machen, aber einen Entschuldigungsgrund giebt er dem Vormunde nach älterm Rechte nicht (1).

Ausnahmen dieser Regel treten in zwei Fällen ein:

I. Bei controversiae status, worunter mindestens alle Prozesse über Freiheit und Civität zu verstehen sind (2). Ein Prozeß dieser Art zwischen dem Vater des Pupillen als Kläger und dem Tutor als Beklagten begründet eine capitalis inimicitia im eigentlichen Sinn des Wortes und somit eine nothwendige Excusation des letztern, damit der Pupill nicht in den Händen seines Erbfeindes bleibe, der diese Gelegenheit benutzen könnte, um sich zu rächen (3). Eine status contro-

(13) Richtsteig Landr. II. 2. a. S. Schwäb. Landr. 324, 6. 325, 2.

(14) Preuß. Landr. II. 18. §. 144. Oesterr. G. B. §. 193. Würtemb. L. O. Tit. 32. §. 6.

(1) Vat. Fr. §. 139. De litibus, quas tutor cum pupillo habet an propterea excusetur. Et .....dicit, propterea non excusandum, et extant rescripta. — L. 21. C. h. t. Quod res cum uterinis fratribus tibi communes esse profitearis, ad excusationem tutelae non est idoneum: cum harum divisio curatore dato fieri possit.

(2) L. 4. pr. de statu defunct. Feuerbach Civ. Vers. I. S. 187 ff.

(3) §. 12. J. h. t. Item qui status controversiam a pupillorum patre passus est, excusatur a tutela.

versia aber, die der Tutor gegen den Pupillen erhebt, soll nach einer Constitution von Marcus und Verus ebenfalls von der Tutel entbinden, vorausgesetzt, daß die status quaestio nicht blos zum Schein, nämlich um von der Tutel loszukommen, erhoben worden ist (4).

II. Bei Prozessen über das Vermögen des Pupillen oder über Gegenstände, die den wichtigsten Bestandtheil des Vermögens bilden (5) und über Erbschaften (6) hat der Tutor zunächst eine freiwillige Excusation innerhalb der gesetzlichen Fristen (7).

Will er aber sich nicht freiwillig excusiren, so ist die Excusation eine nothwendige, d. h. der Prätor kann ihn entfernen und alsdann den Prozeß instruiren (8).

c. Obligatorische Verhältnisse zwischen Vormund und Mündel.

§. 69.

Quellen:

Nov. LXXII. c. 1—4. XCIV. praef. c. 1. Auth. Minoris debitor. C. Qui dare tut.

(4) L. 6. §. 18. h. t. *τοῦτο μὴ συκοφαντίᾳ ποιῶν ἀλλ' ἐκ καλῆς πίστεως.*

(5) L. 21. pr. h. t. Daraus §. 4. J. h. t.

(6) L. 16. C. h. t.

(7) L. 16. C. h. t. Imp. Philippus A. Theodoro. Si .... tutor his datus es, cum quibus disceptationem hereditatis tibi esse proponis *et tempora antiquitus constitutionibus praestituta etiam nunc opitulantur* adire Praesidem — potes cet.

(8) L. 20. h. t. Julian. lib. 20. Dig. Si pupillum patruus con-

Bearbeitungen:

J. J. Ettmüller D. de tutore creditore vel debitore minoris. Altorfii 1687.

C. F. Walch D. de tutore pupilli sui ante susceptam tutelam debitore. Jenae 1777.

Obligatorische Verhältnisse zwischen dem Vormund und dem Pflegling gaben dem ersten nach älterm Recht ebenfalls keine Excusation (1). Noch viel weniger verlor er durch Uebernahme der Vormundschaft seinen Anspruch gegen den Pflegling, sondern er konnte sich wegen desselben entweder ohne Prozeß aus dem Vermögen des Pfleglings bezahlt machen (sibi solvere) (2), und bei drückenden hypothekarischen Schulden war dieses sogar Amtspflicht (3) — oder aber er konnte seinen Anspruch gegen den Pflegling im Wege Rechtens geltend machen, in welchem Fall demselben dann nur ein Mitvormund oder ein tutor praetorius oder curator ad litem zur Defen-

tendat exheredatum esse et se heredem scriptum, aequum est, tutorem pupillo dari, *recepta patrui excusatione, vel, si nolit excusationem petere*, remoto eo a tutela, ita litem de hereditate expedire. Das Responsum Julian's oder wenigstens seine Meinung wird citirt in L. 27. §. 1. de test. tutela.

(1) L. 7. C. h. t. Imp. Alexander Antonino. Neque a tutela, neque a cura ideo quis excusatur, quod creditor sive debitor ejus est, cui tutor sive curator datus est. Sed participem in munere habere debet, ut si res exegerit, is, qui alieno auxilio eget, defendatur (215).

(2) L. 8. C. qui dare. Creditorem debitoribus tutorem datum, non tantum petitionem non amittere, sed etiam ipsum sibi posse solvere non ambigitur.

(3) L. 9. §. 5. de adm.

sion an die Seite gesetzt wurde (4). Der Vormund kann sich sogar Forderungen cediren lassen, um sie gegen den Pupillen gelten zu machen, indem er z. B. Creditoren des Vaters desselben auskauft (5).

In allen diesen Beziehungen hat nun aber Justinian in der angeführten Novelle v. J. 538. das Recht des Codex geändert, indem er fürchtet, die Erlaubniß der Cession könne gemißbraucht werden, um nichtige oder wohlfeil erkaufte Forderungen unter diesem Vorwande gegen den Pflegling gelten zu machen (6) und auch eigene Forderungen und Hypotheken könne der Vormund vielleicht auf eine unerlaubte Weise verfolgen. Eben so findet er es andererseits bedenklich, daß der Vormund, in Schuldverhältnissen zu dem Pflegling stehe, weil er sich in diesem Fall der Gelegenheit der Vormundschaft bedienen könnte, um durch Unterschlagung der Schuldverschreibung und sonstigen Beweismittel des Mündels sich seiner Verbindlichkeit auf eine bequeme Weise zu entledigen (7).

Was nun zuvörderst die allgemeinen Beziehungen dieser Novelle betrifft, so redet sie — abgesehen von der nicht authentischen (8) Rubrik (9) im ersten Capitel, nur von *κηδέμονες — τῶν νέων, εἴτε ἀνήβων, εἴτε ἐφήβων*, also nur von Vormündern (10) Unmündiger und Minderjähriger, im fünften Capi-

(4) L. 7. C. h. t.

(5) L. 12. de reb. eor.

(6) Nov. 72. pr.

(7) Nov. 72. c. 1.

(8) Biener Gesch. der Nov. S. 58.

(9) *Ποῖοι τούτορες καὶ κηδέμομες εἶναι τῷ πουπίλλῳ ἢ νεανίσκῳ δύνανται.*

(10) *Κηδεμὼν* ist auch tutor, Reitz Gloss. Theophil. s. v. Tom. II. p. 1267. Auch arg. Nov. 94. c. 1.

tel aber ganz allgemein von allen Curatoren, auch wahnsinniger, blödsinniger, verschwenderischer Personen u. s. w. (11).

Ebenso betrifft auch diese Novelle alle Arten von Vormündern ohne Rücksicht auf die Verschiedenheit der Entstehung ihres Verhältnisses. Denn sie verbietet ganz allgemein, daß ein Gläubiger oder Schuldner zur Vormundschaft zugelassen werde, wenn ihn auch das Gesetz dazu berufe (12). Es ist daher gewiß dem Geist der Novelle nicht gemäß, wenn Martinus Gosia, Oldradus de Laude, Bartolus und neuere practische Schriftsteller (13) testamentarische Vormünder deshalb ausnehmen wollen, weil der Erblasser deren Tüchtigkeit geprüft habe. Schon Accursius hat diese Meinung sehr gut durch die Bemerkung widerlegt, daß derselbe Grund auch ex inquisitione dati tutores ausschließen würde, und daß jene Prüfung zwar von der Satisdation, aber nicht von den prohibitiven Vorschriften dieser Novelle dispensiren könne (14). Auch beweisen die für jene Meinung ange-

(11) Nov. 72. c. in fin. Mühlenbruch, Cession der Forderungsrechte. §. 32. S. 381.

(12) Nov. 72. c. 1. *Τοῦτον μηδὲ παριέναι παντελῶς εἰς τὴν αὐτοῦ κηδεμονίαν.*

(13) Montanus C. IX. n. 67—72. Schilter prax. jur. Rom. Exerc. XXXVII. §. 87.

(14) Glossa ad Nov. 72. c. 1. Item ... nunquid in quolibet tutore? Quidam dicunt, quod sic, quia hic generaliter loquitur. Alii quod non et excipiunt testamentarium, quia fides ejus approbata videtur a testatore —. Certe et eadem ratione datum ex inquisitione et ex certa scientia debent approbare, cum ejus fides sit approbata et sic in solis legitimis et dativis sine inquisitione haberet locum haec auth. Defendas ergo primam, nec obstant jura, quia approbatus videtur quoad satisdationem devitandam, non quoad ea, quae in hac constitutione dicuntur, cum nec tunc haec constitutio

führten älteren Stellen (15) nichts, weil sie durch die Novelle aufgehobenes Recht voraussetzen und das aus der Novelle selbst hergenommene Argument ist äußerst schwach, weil es auch gesetzliche Vormünder ausschließen würde (16). Aus diesen Gründen muß denn die Nov. 72. wohl auf alle Arten von Vormündern ohne Ausnahme bezogen werden.

Eine Bestätigung dieser Ansicht liegt in einer wahren Ausnahme unserer allgemeinen Regel, welche in einer spätern Novelle enthalten ist.

Durch Nov. 94. c. 1. ist nämlich die Novelle 72. für die Mütter, welche die Tutel über eheliche oder Concubinenkinder führen, dergestalt aufgehoben worden, daß Schuldverhältnisse zwischen beiden, z. B. die Dotalforderungen der Mutter, oder die Forderung auf die propter nuptias donatio, weder die Tutel hindern, sobald nur die bei Uebernahme derselben üblichen Förmlichkeiten, Verzicht auf das S. C. Vellejanum und Verpfändung des Vermögens, beobachtet werden, noch auch durch die Uebernahme der Tutel selbst zerstört werden. Als Grund dieser Auszeichnung führt Justinian an, daß die natürliche Liebe der Mutter zu den Kindern jeden Verdacht eines Mißbrauchs ihrer vormundschaftlichen Gewalt ausschließe. Ob sich indessen aus diesem Grunde eine Aus-

fuerit cogitata. Item facile est sibi dicere quod sit creditor vel debitor. Excipio autem matrem et aviam quod est pro nobis, quia sic fuisset etiam de testamentaria exceptum, si hoc Imperator voluisset.

(15) L. 70. de proc. L. 7. pr. C. de cur. fur.

(16) Nov. 72. c. 4. verb. „apud eum, qui curatorem *dat*, illud ostendat“ Cf. Walch diss. cit. §. 4. in fin.

dehnung dieses Gesetzes auf den Vater und die Großältern rechtfertigen lasse, dürfte noch sehr zu bezweifeln sein (17).

Betrachten wir hiernächst den Inhalt der Nov. 72. genauer, so sind dir Vorschriften derselben folgende:

I. Wer Creditor oder Debitor des Pfleglings ist, der hat eine excusatio von dessen Tutel und Cura, welche nicht nur voluntaria, sondern auch eine necessaria ist, weil sonst dem Minorennen in seiner Person kein Curator gegeben, sondern ein Feind aufgedrungen werden würde (18).

II. Bedingung dieser excusatio necessaria und Remotion ist aber, daß der Vormund das Schuldverhältniß nicht nur angegeben, sondern auch bewiesen habe, welches Letztere in Ermangelung anderer Beweismittel durch einen körperlichen Eid geschieht, „daß er wirklich eine Forderung gegen den Pflegling zu haben glaube." Wenn dieser Beweis innerhalb der Excusationsfatalien nicht erbracht wird, so hat der Vormund nicht einmal eine freiwillige Excusation, weil sich sonst unter dem Vorwande eines obligatorischen Verhältnisses Jeder leicht von der Vormundschaft befreien könnte (19).

III. Hat aber der Vormund das obligatorische Verhältniß absichtlich ganz verschwiegen und die Vormundschaft dennoch übernommen, so trifft ihn, wenn er Creditor des Pfleglings war, die Strafe des Verlustes seiner Actio; so wie er ander-

(17) Vgl. Cujac. Expos. Nov. ad Nov. 72. c. 1. mit Rittershus. in Jure Just. VIII. 3. 11.

(18) Nov. 72. c. 1. 3. in fin. Nov. 94. praef. Abweichungen finden sich z. B. in den Statuten von Pisa. (MS. Bibl. reg. Berol. f. 113)

(19) Nov. 72. c. 3.

andererseits, wenn er Debitor desselben ist, sich zur Strafe durch Zahlungen oder andere Befreiungen, die er während der Dauer seiner Verwaltung **doloser** Weise vorgenommen hat, nicht liberiren kann (20). Die Praxis und einige der neuern Gesetzgebungen nehmen diese Strafen indeß nur in dem Falle an, wenn die Forderung nicht allgemein bekannt war (21), während umgekehrt das preußische Landrecht selbst bei unvorsätzlichem Verschweigen des Schuldverhältnisses eine willkürliche Strafe von $\frac{1}{10}$ der Forderung verhängt (22).

IV. Das Bisherige bezog sich auf den Fall, wenn das obligatorische Verhältniß bei Uebernahme der Vormundschaft bereits vorhanden war. Tritt es erst während der Dauer der Vormundschaft durch Erbschaft u. s. w. ein, so soll dem bisherigen Vormund zur Sicherheit des Pfleglings ein Tutor oder Curator beigeordnet werden (23). Nur in einer Beziehung ist auch während und nach der Vormundschaft die Entstehung von Forderungen beschränkt, nämlich durch das Verbot der Cessionen (24). Von diesem Verbot kann jedoch erst weiter unten gehandelt werden.

(20) Nov. 72. C. 4.

(21) Carpzov Resp. V. 89. Decis. II. 119. N. 1. Overbeck Meditat. I. 260. Baier. Landr. I. 7. §. 5. Würtemb. L. O. 32, 6.

(22) Preuß. Landr. II. 18. §. 167—169.

(23) Nov. 72. C. 2. Preuß. Landr. II. 18. §. 148. Junghans S. 5—8.

(24) Nov. 72. C. 5.

d. Verschiedenheit des Standes, der Religion und des Wohnorts.

§. 70.

I. Verschiedenheit des **Standes** begründet nach römischem Recht niemals eine nothwendige Excusation.

Nach kaiserlichen Constitutionen haben nämlich **Reichssenatoren** gegen Tutelen über Ungenossen nur eine freiwillige, andere Personen aber gegen eine Tutel über Senatoren überall keine Excusation (1).

Nach einer Oratio von Marcus sollen zu Tutoren über Freigelassene nur **Freigelassene** aus demselben Orte bestellt werden (2), und nur wenn deren daselbst nicht vorhanden sind, **Freigeborene**. Doch ist die Excusation dieser letztern nur eine voluntaria, so daß sie, wenn sie die Fatalien nicht beobachten, gebunden sind, wie Sever und Caracalla rescribirt haben (3).

Der eigentlichen Ingenuität im engern Sinn steht nach einer Constitution von Sever und Caracalla das jus annulorum völlig gleich (4). Folglich kann auch ein ingenuus tutor sich deshalb nicht entschuldigen, weil der Pupill nicht

(1) L. 22. de tut. dat.

(2) L. 27. §. 1. de tut. dat. L. 1. §. 4. h. t.

(3) Das Rescript ist L. 3. C. h. t. (207.) L. 27. §. 1. cit. Sed etsi ingenuus detur, nec se excusaverit, tenetur. L. 1. §. 4. h. t. Ἐὰν δὲ δοθῇ, ὁ θειότατος Σεβῆρος τῶν ἀφηλίκων προνοούμενος ὑπεύθυνον αὐτὸν εἶναι τῇ ἐπιτροπῇ, ἐὰν μὴ ἐμπροθέσμως δικαιολογήσηται, ἀντέγραψεν. Wegen der alten Uebersetzung: nisi juste rationes reddiderit cf. Kriegel l. c. p. 33. Not. 122.

(4) L. 44. pr. h. t.

die eigentliche Ingenuität, sondern blos das jus aureorum annullorum hat (5), und wenn er zum Vormund bestellt wurde, als der Pupill oder Minor jenes Recht noch nicht hatte, und sich deswegen excusirte, so kann er späterhin, nachdem diesem das Recht ertheilt worden ist, noch einmal bestellt werden, ohne sich irgend auf eine res judicata berufen zu können (6).

Nach älterm deutschen Recht bildete **Unebenbürtigkeit** für den niedriger Geborenen nicht selten eine wirkliche Unfähigkeit, wovon sich Ueberbleibsel noch im Privat-Fürstenrecht erhalten haben (7).

II. Verschiedenheit des **Glaubensbekenntnisses** giebt nach römischem Recht keine Excusation. Namentlich können Juden nicht nur überhaupt zu Vormündern bestellt werden, da sie nach Constitutionen von Sever und Caracalla (8) zu allen Lasten verpflichtet sind, welche ihrer Religion nicht zuwider laufen, sondern auch zu Tutoren über Pupillen, die nicht ihre Glaubensgenossen sind (9).

Da jedoch Juden nach neuerm römischen und canonischen Recht vom Richteramt über Christen ausgeschlossen sind, so hat die gemeinrechtliche Doctrin und Praxis auch ihre Vormundschaft über Christen als unzulässig betrachtet (10), und

(5) L. 44. §. 1. h. t.

(6) L. 44. §. 2. h. t.

(7) Sächs. Landr. I. 45. 1. Schwäb. Landr. 319, 8. 9 Stryk U. M. P. XXVI. 1. §. XIX.

(8) Ulp. lib. 3. de off. Proc. L. 3. §. 3. de decurion.

(9) L. 15. §. 3. h. t.

(10) Montanus de jure tut. IV. n. 32—40. Gutierez de tutelis p. 1. c. 20. n. 29. Lauterbach Coll. Arg. XXVI. 1. §. 23.

diese Ansicht ist, mit einigen Einschränkungen, auch in die neuern Gesetzgebungen übergegangen, welche dagegen umgekehrt auch Christen von der Vormundschaft über Juden ausschliessen (11). Verschiedenheit der christlichen Confession begründet dagegen gemeinrechtlich keine Unfähigkeit zur Vormundschaft (12).

III. Verschiedenheit der Abkunft und des Wohnortes ist nach römischem Recht gar kein Tutelhinderniß (13), dagegen beschränken deutsche Statuten und Gesetzgebungen die Bestellung von Ausländern oder Eingesessenen fremder Jurisdictionen zu Vormündern über Inländer, so wie sie umgekehrt auch die Ernennung eines Inländers zum Vormunde außerhalb Landes wenigstens an die richterliche Genehmigung knüpfen (14).

e. Verbot der Aeltern.

§. 71.

Quelle:

C. V. 47. **Si contra matris ultimam voluntatem tutor datus sit.**

Auch das bloße letztwillige Verbot des Vaters oder der Mutter, eine bestimmte Person zum Vormunde anzustellen, be-

(11) Preuß. Landr. II. 18. §. 137. 138. 179. Rescr. v. 26. Jan. 1813. (v. Kamptz Jahrb. II. 190. 191.)

(12) Preuß. Landr. a. a. O. §. 138. Kreitmayr Cod Max. Bav. S. 397. 398. s. jedoch Sächs. Vorm. Ordn. S. 35.

(13) Thl. I. §. 47. S. 355. 356. vgl. m. §. 50. S. 370.

(14) Schwäb. Landr. 319, 8. 9. Lüb. Recht I. 7. a. 2. Mindener Stat. II. 3. 6. Preuß. Landr. II. 18. §. 150—157. 179. Rescr. vom 7. Dec. 1815. v. Kamptz Jahrb. VI, 180. — Sächs. V. O. Cap. 8. §. 1. N. 4.

gründet eine excusatio necessaria. Die Obrigkeit muß nämlich eine solche Person gar nicht anstellen. Ist dieses dennoch geschehen, so kann sich der Vormund von der Vormundschaft excusiren; thut er dieses nicht freiwillig, so wird er, (jedoch wenn er übrigens redlich verfahren hat unbeschadet seiner Ehre) removirt, wie dieses eine Constitution Severs vom Jahre 198 bestimmt hat (1). Eine Anwendung dieses Grundsatzes ist in einer andern Constitution desselben Kaisers enthalten: Wenn eine Mutter ihre Söhne unter der Bedingung instituirt hat, wenn sie von der väterlichen Gewalt befreit sein würden, so darf der Vater nicht zum Curator derselben bestellt, oder muß wenn dieses dennoch geschehen ist und er nicht von selbst niederlegt, entlassen werden, weil die Bestellung wenigstens indirect dem letzten Willen der Mutter zuwider sein würde (2).

f. Ehe und Sponsalien mit der Pflegbefohlenen.

§. 72.

Litteratur.

Heineccii D. de marito tutore et curatore uxoris legitimo. Opusc. var. syll. Exerc. XXIV.

C. H. Breuning de tutore sponso pupillae. Lips. 1769.

Auch freundschaftliche und verwandtschaftliche Verhältnisse des Vormundes zum Pflegling können die Vormundschaft hindern

(1) L. un. C. h. t. L. 21. §. 2. de cur. dat. Das Preuß. Landr. II. 18. §. 141. 142. schließt auch diejenigen aus, welche andere Erblasser, sofern diese mehr als den Pflichttheil hinterlassen, verbeten haben.

(2) L. 21. §. 1. eod.

und von derselben befreien. Hierher gehört zunächst die Ehe. Eine Oratio von Marcus und Commodus verbietet Ehe und Verlöbniß vor abgelegter Rechnung zwischen dem Vormund, dessen Sohne und der Pflegbefohlenen bei Strafe der Nullität und Infamie. Eben dieser Strafen wegen haben kaiserliche Constitutionen die Ernennung des Ehemannes, Bräutigams oder Schwiegervaters zum Tutor oder Curator der minderjährigen oder wahnsinnigen Gattin, Braut oder Schwiegertochter untersagt (1). Ist aber der Bräutigam, Ehemann oder Schwiegervater dennoch zum Vormunde bestellt worden, so kann er sich excusiren (excusare se potest) und zwar, wie Sever und Carracalla rescribirt haben, sogar noch dann, wenn er sich auch in die Verwaltung der Angelegenheiten seiner Frau bereits immiscirt hätte, obgleich jede andere Excusation durch eine solche Einmischung verloren gegangen sein würde (2). Allein diese Excusation ist zugleich in gewissem Sinn eine nothwendige. Damit nämlich auch dann, wenn etwa der Ehemann oder Bräutigam abwesend und ohne sein Vorwissen

(1) L. 14. de cur. fur. Virum uxori mente captae curatorem dari non oportet. L. 1. §. 5. h. t. L. 2. C. Qui dare. (Alexander. a. 226.) Maritus, etsi rebus uxoris suae debet affectionem, tamen curator ei creari non potest. (Aus der Affectio fließt z. B. das mandatum praesumtum L. 21. C. de proc.)

(2) §. 19. J. h. t. Jidem rescripserunt maritum uxori suae curatorem datum excusare se posse, licet se immisceat. Vat. Fr. §. 201. Item si quis uxoris suae curator datur, nam sicuti senatus censuit, nequis eam ducat, cujus tutor vel curator fuit, ita uxoris suae non debere curam administrare, Divus Severus Flavio Severiano rescripsit. Hieraus ergiebt sich, daß Jene Jidem nicht Verus und Antoninus sind, wie d'Arnaud Var. conj. II. 17. p 324. sqq. glaubte, sondern Sever und Caracalla.

zum Vormund seiner Frau oder Braut ernannt sein sollte, die Vorschrift des S.C. aufrecht erhalten, er selbst aber mit den Strafen der Nichtigkeit der Ehe und der Infamie verschont werde, wird ihm auch in diesem Falle ein außerordentlicher Vormund substituirt. Selbst wenn der Vater des Mannes zum Curator seiner Schwiegertochter bestellt wird, muß er sich excusiren und die Frau um Ernennung eines andern Curators nachsuchen, damit den Vater nicht Infamie treffe, und in Rücksicht der Gültigkeit der Ehe alle Bedenken hinweggeräumt werden (3). Selbst ein noch nicht förmlich Verlobter darf nicht als potior zum Vormunde vorgeschlagen werden, und scheint, wenn dies dennoch geschehen wäre, wenigstens eine freiwillige Excusation zu haben (4).

Sobald übrigens das Eheverbot wegfällt, ist auch die Excusation weder als voluntaria, noch als necessaria statthaft. Wenn daher der Vater der Pupilla einen Dritten im letzten Willen zum Vormunde ernannt und ihm zugleich die Tochter verlobt hat, so kann er auf diese Weise durchsetzen, daß beides, Ehe und Vormundschaft, völlig gültig neben einander bestehe. Ein Anderes wäre, wenn der Vater den Dritten blos zum Vormund oder blos zum Gemahl seiner Tochter bestimmt hätte. Im ersten Falle würde des Vaters Wille vorgehen und der Vormund sich nicht excusiren können, wenn er sich späterhin mit der Tochter verlobte; im letztern würde

(3) L. 3. C. de interd. matr. L. 17. C. h. t.

(4) Vat. Fr. §. 117, wo aber die Ergänzungen von Keller und v. Buchholtz schon aus äußern Gründen nicht genügen.

er gegen die später angetragene Tutel allerdings eine Excusation vorwenden können (5).

Dem deutschen Recht war der römische Grundsatz in Rücksicht der Geschlechtsvormundschaft von jeher fremd. (Theil I. §. 26.) In Rücksicht der Altersvormundschaft bestätigen mehrere neuere Gesetzgebungen das römische Recht (6), während andere es sehr beschränken (7).

g. Kindschaft (?).

§. 73.

Litteratur.

C. L. Crell Observationes de filio patris aut matris curatore ad L. 1. §. 1. de cur. fur. Vitemb. 1754. 4.

Auch die Kindschaft sollte, nach der Meinung einiger Juristen, eine excusatio necessaria bewirken können. Celsus nämlich und mehrere Andere hielten es für unanständig, daß der Vater, wenn er seine Angelegenheiten nicht selber verwalten könnte, unter Vormundschaft seines Sohnes stehen sollte und behaupteten daher, daß der Sohn nie zum Curator seines Vaters bestellt werden dürfe, oder wenn dieses geschehen sei, entlassen werden müsse. Allein spätere Rescripte, welche die Sache gerade aus dem entgegengesetzten Standpunkt beurtheilten, haben diese Meinung beseitigt. Nämlich sowohl Pius in einer Verfügung an den Instius Celer (1), als auch die

(5) Vat. Fr. §. 202. Preuß. Landr. II. 18. §. 183.

(6) Sächs. Vorm. Ordn. Cap. 8. §. 1. N. 6.

(7) Preuß. Landr. a. a. O. §§. 140. 183.

(1) Cujac. Obss. X. 37.

Divi fratres haben rescribirt, daß gerade dem eigenen Sohne weit eher als jedem Fremden die Cura über den Vater anvertraut werden müsse, sobald er nur ein rechtlicher und solider Mann sei (2). Sie betrachten also eine solche Curatel mehr als ein officium, denn als eine potestas, denn nur das filium a patre regi (3), die potestas filii in patre, welche die ältern Juristen als mit der Curatel nothwendig verbunden ansahen, nicht aber die Sorge für des Vaters Wohl konnte als unangemessen erscheinen.

Als practisches Resultat stellt daher Ulpian die Regel auf: der Sohn könne nicht nur unbedenklich zum Curator des Vaters bestellt werden, sondern sei sogar verbunden, die Cura über die wahnsinnigen Aeltern, namentlich auch die Mutter, übernehmen, da er dieser gleiche Pietät, wie dem Vater schuldig ist (4).

Mag nun auch diese nach allgemeiner Rechtsregel eintretende Verpflichtung, mehr auf die Verpflegung der wahnsinnigen Aeltern, zu welcher die Kinder bei Strafe der Enterbung und Indignität verpflichtet sind (5), als auf eine eigentliche cura legitima oder dativa furiosi vel furiosae zu

(2) L. 12. §. 1. de tut. dat. L. 1. §. 1. de cur. fur.

(3) L. 12. §. 1. de tut. dat. Seneca Controv. II. p. 162. Bip. Fabianus eam quaestionem fecit et in ea multum moratus est. Dementiae non posse agi, nisi cum eo qui morbo fureret: in hoc enim latam esse legem, ut pater a filio sanari deberet, *non ut regi*.

(4) L. 4. de cur. fur. Furiosae matris curatio ad filium pertinet: pietas enim parentibus, etsi inaequalis est eorum potestas, aequa debebitur.

(5) Nov. 115. C. 3. §. 12.

beziehen sein, so ist doch auch die letztere in diesem Verhältniß nach den obigen Stellen entschieden möglich, und dasselbe ist in allen andern Fällen zu behaupten, wo der Vater seinem Vermögen vorzustehen nicht im Stande ist (6).

Wenn also dennoch mehrere neuere Juristen (7) auch noch für das neueste Recht behaupten wollen, daß der Sohn nicht curator prodigi patris sein könne, so beruht diese Meinung auf einer Interpretation der beiden oben angeführten Stellen Ulpians, deren Unhaltbarkeit schon aus den Basiliken hätte ersehen werden können (8) und welche auch von den bedeutendsten Civilisten von jeher verworfen worden ist (9).

h. Verhältniß des Stiefvaters (?).

§. 74.

Nach römischem Recht ist der Stiefvater nicht blos nicht unfähig, Vormund seiner Stiefkinder zu sein (1), sondern muß als Affinis derselben sogar vorzugsweise dazu bestellt werden (2).

Allein die irrige Meinung, als ob dieses durch die Bestimmung des neuern römischen Rechts über die Beendigung

(6) Theil I. S. 215. 216.

(7) Domat les loix civiles cet. II. 2 2. 1. §. 11. v. Wening-Ingenheim Lehrb. II. 4. §. 416. Faber Jurispr. Pap. Scient. XII. 3. p. 762. Crell Diss. cit. Obs. VII. Thibaut System I. §. 509. bes. Glück Pand. XXXIII. S. 199 ff.

(8) Basil. XXXVIII. 10. 1. *Τῷ ἀσώτῳ — δίδοται πρὸς μίμησιν τοῦ μαινομένου κουράτωρ — Οἱ παῖδες δὲ αὐτῶν ὄντες ἱκανοὶ, κηδεμονεύειν αὐτῶν ὀφείλουσιν.*

(9) Donellus III. 19. §. 3.

(1) L. 32. §. 1. de adopt. L. 2. C. de int. matr. L. 3. C. de contr. jud. tut. (294.)

(2) Thl. I. S. 439.

der mütterlichen Vormundschaft durch zweite Ehe (Thl. I. S. 263.) aufgehoben worden sei, hat in Deutschland eine entgegengesetzte Doctrin erzeugt (3), welche sowohl in der Praxis (4) als den neuern Gesetzgebungen (5) Eingang gefunden hat.

C. Excusationes voluntariae.

1. Wegen zu großer Beschwerlichkeit der Vormundschaft.

a. Subjective Hindernisse.

α. Krankheit des Leibes und der Seele.

§. 75.

Quelle:

C. V. 67. Qui morbo se excusant.

Unter den Excusationsgründen schließt sich an die Unfähigkeitsgründe zunächst die Entschuldigung wegen Krankheit des Leibes oder der Seele an.

Ist ein Wahnsinniger im Testament zum Tutor ernannt, so wird nach neuerm Recht diese Bestellung als eine stillschweigend bedingte betrachtet und von einer Excusation wegen Wahnsinns kann nicht die Rede sein (1).

Ist er hingegen durch das Gesetz oder die Obrigkeit zur Tutel berufen, so ist die Bestellung rechtsgültig, und dies gilt

(3) Bachov. ad Treutler. Vol. II. P. 1. Disp. VIII. Th. 3. p. 419. Berger Oeconom. jur. Lib. 1. T. IV. Th. 10. Not. 1.

(4) Carpzov. Jurispr. for. P. II. Const. 10. Def. 25. N. 4. J. H. Böhmer Consult. Tom. III. P. II. 792. Mevius Tom. II. P. VIII. Decis. 330.

(5) Preuß. Landr. II. 18. §. 139. Bair. Landr. Thl. I. C. 7. §. 3. Sächs. Vorm. Ordn. C. 8. §. 1.

(1) Thl. I. S. 285.

auch, wenn ein Tauber, Stummer, oder ein anderer mit körperlichen Krankheiten und Gebrechen Behafteter irgendwie zum Vormunde berufen ist (2). Aber alle diese Personen haben unter gewissen Voraussetzungen eine Excusation, welche in den Fällen einer wahren Unfähigkeit sogar eine nothwendige ist. Diese Excusation setzt Folgendes voraus:

I. Eine Krankheit des Geistes oder Körpers, oder ein Gebrechen, welches so bedeutend ist, daß es den Vormund hindert, seinen eigenen Angelegenheiten vorzustehen (3). Deshalb sind unbedingt zur Excusation berechtigt: unheilbare Gemüthskranke (furiosi und dementes) (4); Personen, welche mit bleibenden und unheilbaren körperlichen Mängeln behaftet sind, z.B. Blinde (orbi, caeci, luminibus capti) (5), Taube und Stumme (6); Personen, welche an einer zur Betreibung eigener Angelegenheiten unfähig machenden Krankheit (morbus sonticus) oder Kränklichkeit (adversa seu mala valetudo), z. B. an der Gicht (arthritis), Epilepsie, der Krätze (psora) und

(2) Thl. I. S. 402. Note 25—27.

(3) Vat. Fr. §. 129. Valetudo quoque mala praestat vacationem, si talis sit, ut hostendat, eum ne quidem rebus suis administrandis idoneum esse. §. 7. J. h. t. L. 2. C. Quando mul. L. 3. C. Qui morbo. (10. 50.)

(4) L. un. C. h. t. L. 10. §. 8. L. 12. pr. eod. Vat. Fr. §. 130. 238. L. Rom. Burg. tit. XXXVI. „Si morbo perpeti et insanabili teneantur, ac si furiosi aut mente insani agnoscantur."

(5) Vat. Fr. 130. 238. L. 40. de excus. L. un. C. h. t. L. 1. C. qui morbo. (10. 50.)

(6) Vat. Fr. 238. L. 40. pr. h. t. L. un. C. h. t. L. un. C. qui morbo. (10. 50.) L. 1. §. 2. 3. L. 17. de tutelis. L. 10. §. 1. de leg. tut. L. 1. §. 4. de vacat. §. 4. J. de curat.

ähnlichen Krankheiten leiden (7). Solche Personen stehen nämlich zum Theil selber unter Curatel und können daher, nach §. 64., nicht wohl Vormundschaft über Andere führen. Ihre Excusation ist deshalb sogar eine nothwendige (8). — Dagegen sind nur bedingt zur Excusation zugelassen: Einäugige (9), Podagrische (10) und alle mit solchen Krankheiten behaftete Personen, welche nur unter gewissen Voraussetzungen oder in besonders hohen Graden die Thätigkeit ganz hemmen. Krankheiten und Unvollständigkeiten, bei denen dieses ihrer Natur nach nicht der Fall ist, werden gar nicht berücksichtigt, so z. B. haben Harthörige (11), Spadonen (12) u.s.w. keine Excusation.

II. Sobald es zweifelhaft sein kann, ob die Krankheit oder Unvollständigkeit zur Excusation hinreichend sei, muß dies ermittelt werden. Zu diesem Ende wird gewöhnlich der Augenschein von dem Magistrat selber eingenommen; doch würden auch ärztliche Zeugnisse genügen (13).

Die Wirkung dieser körperlichen und geistigen Gebrechen besteht allgemein darin, daß sie nicht nur von deferirten, son-

(7) Vat. Fr. §. 130. Sive autem quis arthriticus sit, sive psoricus, sive epilempticus, sive orbus et his similia, excusatur. cf. Plin. H. N. II. 173. 177. 182. 248 und öfter.

(8) Gegen v. Buchholtz's Erklärung, daß psorici deshalb Excusation gehabt hätten, weil sie die Opfer für die pupilla nicht verrichten durften, mögte sich doch mancher Zweifel erheben lassen.

(9) Vat. Fr. §. 239. (Sever und Caracalla) „praetorem aestimaturum" L. 9. C. de exc.

(10) L. 3. C. Qui morbo. (10. 50.)

(11) L. 11. de leg. tut.

(12) L. 15. pr. de exc. L. 1. C. eod. Letztere Stelle ist das in der erstern citirte Rescript von Sever und Antonin. (205.)

(13) Vat. Fr. §. 129. 130. Vgl. mit L. 3. C. Qui morbo. Vat. Fr. §. 239.

dern auch von bereits geführten Vormundschaften entschuldigen (14) und zwar selbst in den Fällen, in welchen sonst Vormundschaften ausnahmsweise nicht abgelehnt werden dürfen (15).

Die Dauer dieser Excusation oder Befreiung hängt übrigens von der Dauer der Krankheit ab. Ist diese ein morbus sonticus in diesem Sinn des Wortes, so ist die excusatio eine perpetua, sonst gilt sie nur ad tempus z. B. im Fall eines heilbaren Wahnsinns (16).

In die Stelle des Excusirten wird interimistisch ein Tutor oder Curator ernannt, dessen Amt ebenfalls von der Dauer der vacatio abhängt (17). Wo diese nur vorübergehend ist, wird lieber ein Curator gegeben.

Die deutschen Gesetze enthalten über diesen Entschuldigungsgrund blos allgemeine Bestimmungen (18).

β. Hohes Alter.

§. 76.

Quelle:

C. V. 68. Qui aetate se excusant.

Hohes Alter (aetas) gewährt eine Excusation von allen öffentlichen persönlichen Lasten, folglich auch von der Vor-

(14) Vat. Fr. §. 238. f. o. L. 40. pr. h. t. Post susceptam tutelam caecus aut surdus aut mutus aut furiosus aut valetudinarius deponere tutelam potest. L. 45. §. 4. eod. L. 11. eod. Et non tantum ne incipiant, sed et a coepta excusari debent. Vielleicht auch Vat. Fr. §. 184: nach Kellers und v. Buchholtz's Restitution.

(15) L. 45. §. 4. de excus.

(16) L. 12. pr. h. t.

(17) L. 10. §. 8. h. t.

(18) Schwäb. Landr. 319. 5. Würtemb. L. O. Tit. 32. §. 6.

mundschaft (1). Bei letzterer tritt diese Excusation unter folgenden Voraussetzungen ein:

I. Was die erforderliche Zahl der Jahre betrifft, so befreien zwar von dem Decurionat schon 55 Jahre (2). Allein dies ist eine Begünstigung, welche in der unendlich größeren Lästigkeit dieses Amtes ihren Grund hat und auf andere munera publica keine Anwendung leidet. Von diesen scheint vielmehr nach älterem römischen Recht erst das 60. Jahr befreit zu haben (3) und diese Regel finden wir im Burgundischen Rechtsbuch auch noch auf Tutelen angewendet (4). Allein späterhin ist dieser gewiß altrömische, mit der Verfassung des Servius Tullius auf das Genaueste zusammenhängende Begriff von senex und senectus durch den Einfluß griechischer Naturphilosophie ebenfalls verändert worden. Nach dieser

(1) Civ. de sen. C. 11. ...et legibus et institutis vacat aetas nostra a muneribus iis, quae non possunt sine viribus sustineri. Symmach. Ep. I. 77. Huic per impressionem nequaquam patior fratris sui liberorum tutelae munus imponi. Duobus enim privilegiis amolitur injuriam, maturitate aevi et numero filiorum.

(2) L. 2. §. 8. de decurion.

(3) Varro Fragm. T. 1. p. 242. 243. Bip. Cum in quintum gradum pervenerant atque habebant sexaginta annos, tum denique erant a publicis negotiis liberi atque otiosi. Ideo in proverbium quidam putant venisse, ut diceretur, sexagenarios de ponte dejici oportere, i. e. quod suffragium non ferant, quod per pontem ferebatur. (Aus Non. v. Sexagenarios.) Auct. ad Her. II. 13. Macrob. Sat. 1. C. 5. p. 217. Bip. Plin. ep. IV. 23. Nam et prima vitae tempora et media patriae, extrema nobis impertire debemus, ut ipsae leges monent, quae majorem annis LX otio reddunt. Sen. de brev. vitae C. 20. Lex ... a sexagesimo senatorem non citat.

(4) L. Rom. Burg. tit. XXXVI. p. 105. ed. Barckow. Aetatis etiam beneficio sexagenarii ab his oneribus excusantur.

wird nämlich die Vollendung der siebenten Lebenswoche oder das 70. Jahr als das Ziel des Lebens betrachtet und dieser Lehrsatz hat denn auch im Recht die Folge gehabt, daß erst dieses Alter als zur Befreiung von munera civilia hinreichend angenommen ist. (5). Nur von honores und munera patrimonialia entschuldigt dieses Alter nicht (6). Indeß könnte nach einem Rescript von Diocletian und Maximian der Schein entstehen, als ob auch bei munera personalia das Recht späterhin wieder geändert und die Regel des Decurionats eingeführt worden wäre.

L. 3. C. Qui aetate vel professione se excusant. Manifesti juris est, majores *quinquaginta quinque* annis invitos ad munera personalia vocari non posse. Cum itaque septuagenario majorem te esse profitearis: si a nominatione facta appellationis auxilium interposuisti, tueri te notione Praesidis potes jure concesso.

Cujacius behauptet indessen, daß statt quinquaginta quinque annis, mehrere Handschriften der Tres libri, septuaginta lesen und trägt kein Bedenken, diese Variante in den Text zu

(5) Macrob. in Somn. Scip. 1. C. 6. Vol. 1. p. 39. Bip. Cum vero decas, qui et ipse perfectissimus numerus est, perfecto numero i. e. ἑπτάδι, jungitur, ut aut decies septem aut septies deni computentur anni: haec a Physicis creditur meta vivendi et hoc vitae humanae perfectum spatium terminatur, quod si quis excesserit, ab omni officio vacuus soli exercitio sapientiae vacat et omnem usum sui in suadendo habet, *aliorum munerum vacatione reverendus.* L. 2. §. 1. de vacat. L. 3. de jure imm. L. 3. §. 6. de mun.

(6) L. 2. §. 1. de vacat. L. 5. pr. de jure immun. L. 2. §. 8. de decurion.

nehmen (7). In der That sind auch die Gründe für diese Kritik so bedeutend, daß fast alle Spätern ihr gefolgt sind (8). Denn einmal läßt die Entstehung der Lesart LV. aus LXX. sich leicht erklären, wie schon Russard und Andere bemerkt haben. Sodann erkennen dieselben Kaiser in einem andern Rescript erst das 70. Jahr als zur Excusation von persönlichen Lasten hinreichend an (9). Endlich aber, was ganz entscheidend ist, deuten die letzten Worte unserer Stelle: cum itaque septuagenario majorem te esse profitearis deutlich darauf hin, daß auch im Anfang derselben von einem 70jährigen Alter die Rede war. So wie nun aber dieses Alter zur Excusation von allen übrigen persönlichen Lasten nothwendig war, so ist es auch bei der Tutel und Cura insbesondere im Justinianischen Recht als erforderlich angenommen worden (10).

II. Es ist aber nicht hinreichend, daß der Vormund im 70. Jahre seines Alters steht, sondern er muß dieses Jahr völlig zurückgelegt haben, er muß major annis septuaginta sein, um excusirt werden zu können (11).

III. Auch genügt es nicht, daß er etwa erst während des Verfahrens über die Excusation dieses erforderliche höhere Alter

(7) Cujac. Comm. ad tres postr. lib. Cod. ad h. t. und Comm. ad lib. 1. resp. Pap. ad L. 8. de vacat. mun. (Opp. postum. T. 1. p. 36. seqq.)

(8) Z. B. Thibaut über die Senectus im Archiv für civ. Pr. Bd. VIII. S. 74. 85—89.

(9) L. 10. C. de decurion.

(10) L. 3. de jure immun. L. un. C. h. t. (Sever. et Antonin. 205.) §. 13. J. h. t. L. 2. pr. §. 1. L. 15. §. 11. h. t.

(11) L. 3. de jure immun. Sed qui ingressus est septuagesimum annum, nondum egressus, hac vacatione non utetur: quia non videtur major esse septuaginta annis, qui annum agit septuagesimum. L. un. C. h. t.

erreicht, sondern er muß bereits im Augenblicke der Delation der Vormundschaft major annis septuaginta sein. Unter dem Augenblick der Delation verstehen wir aber bei testamentarischen Vormundschaften die Zeit der Antretung der Erbschaft, der Erfüllung der Bedingung oder des dies, oder wenn ein necessarius heres unbedingt eingesetzt ist, den Todestag des Erblassers; bei gesetzlichen Vormundschaften der Zeitpunkt, wo der Pflegling sui juris wird, bei obrigkeitlichen Tutelen endlich der Moment des Decrets (12).

IV. Endlich muß der Vormund, wie bei allen Excusationen, so auch hier, den Beweis des vorhandenen Alters führen. Diese aetatis probatio ist sowohl durch Pädographieen, als durch Zeugen möglich (13).

Was nun die Wirkung und den Umfang des Privilegii betrifft, so war es zwar bisher gewiß, daß dieses Alter von noch nicht übernommenen Vormundschaften befreite. Ob es aber auch zur Niederlegung einer bereits übernommenen Tutel berechtigte, darüber fehlte es bisher an bestimmten Zeugnissen. Freilich sind zwei Umstände für die verneinende Meinung ganz entscheidend, einmal der, daß die Vollendung des 70sten Jahres nach übernommener Vormundschaft nicht hinreicht, zweitens der, daß dem Vormunde propter senium aetatis nur ein Curator beigeordnet wird, der mehr nur ein Administrator als ein wahrer Curator ist (14). Dennoch behaupteten manche Juristen, z. B. Voet (15), daß das Alter

(12) L. 2. pr. h. t.

(13) L. 2. §. 1. h. t.

(14) L. 13. pr. de tutelis.

(15) Voet Comm. ad Pand. Tom. II. h. t §. 7.

auch einen Grund abgebe, eine bereits verwaltete Tutel zu deponiren. Jetzt aber belehrt uns eine Stelle der Vaticanischen Fragmente ausdrücklich über die Unzulänglichkeit der Excusation in dieser Beziehung.

Vat. Fr. §. 238. Ulp. lib. sing. de off. praet. tut. Hi vero, quos valetudo, vel furor, vel morbus perpetuus excusat, etiam eas tutelas, quas ante susceperant, deponunt. Alia causa *aetatis* est (16).

Die neueren Gesetzgebungen bestätigen in der Regel das Römische Recht, einige nehmen jedoch schon das 60te Jahr theilweise als genügend an (17).

γ. Armuth.

§. 77.

Armuth entschuldigt eigentlich nur von muneribus patrimonii (1), doch ist sie später auch als Excusationsgrund von persönlichen Aemtern, namentlich der Vormundschaft, anerkannt worden. Als Quelle dieses Rechtssatzes nennen die Vaticanischen Fragmente, die Pandecten und Institutionen Rescripte, theils der Divi Fratres, theils des Divus Marcus allein (2). Nur Theophilus nennt die „Θειότατοι ἀδελφοὶ

(16) Daß aetas hier senectus bedeute, hat v. Buchholtz ad §. 238. p. 182. überzeugend dargethan.

(17) Preuß. Landr. §. 208. Oesterr. Gesetzb. §. 195. Code civ. a. 433. Sächs. V. O. C. 9. §. 1. n. 6. Leonhardi, Vormundschaftslehre S. 83.

(1) L. 4. §. 2. de mun. Inopes onera patrimonii ipsa non sustinent, corpori autem indicta obsequia solvunt. L. 4. C. de his qui numero liberorum vel paupertate excusationem meruerunt (10. 51.).

(2) Vat. Fr. §. 240. L. 7. h. t. §. 6. J. h. t. Vat. Fr. §. 185.

Σεβῆρος καὶ Ἀντωνῖνος" als Urheber. Allein die Worte Σεβῆρος καὶ Ἀντωνῖνος fehlen in der Pithouschen Handschrift, und sind wahrscheinlich durch eine ungenaue Aufnahme des Scholions Βῆρος καὶ Ἀντωνῖνος in den Text gekommen (3), so daß Theophilus mit den übrigen Angaben völlig übereinstimmt.

Voraussetzungen dieser Excusation sind folgende:

I. Die Armuth muß so groß sein, daß sie dem Vormunde es unmöglich macht, seine Zeit der Verwaltung der Vormundschaft zu widmen (ut oneri tutelae impar esse videatur, wie es wahrscheinlich im Rescript selbst hieß) (4), der Vormund muß also gar kein Vermögen besitzen, sondern auf seiner Hände Arbeit oder seinen Verdienst dergestalt angewiesen sein, daß er, ohne seinen Lebensunterhalt einzubüßen, sich mit der Vormundschaft nicht abgeben kann. Dieses ist der Begriff der Armuth, wie ihn jenes Rescript an die Hand giebt; Bestimmungen desselben aus andern Rechtslehren, z. B. der Lehre von den Erfordernissen zur öffentlichen Anklage (5), der Succession der armen Ehefrau, oder den tutores notitiae causa dati (6) gehören schlechterdings nicht hierher. Auch kömmt nichts darauf an, ob der Arme etwa als testamentarischer Tutor cautionsfrei sein würde, denn nicht die Unmög-

(3) Reitz ad Theoph. 1.25.6. p. 193. not. o. Wüstemann Bd. 1. S. 202. Note 2.

(4) Vat. Fr. §. 240. 243. Paullus lib. sing. ad municip. L. 40. §. 1. de excus. Idem lib. 2. sent. Basil. V. p. 15. lib. XXXVIII. tit. 1. const. 39. 81.

(5) L. 10. de accus.

(6) L. 1. C. de peric. tut.

lichkeit der Cautionsleistung, sondern die der Verwaltung, enthält den Grund der Excusation (7).

II. Nach der Regel anderer munera würde die Ursache der Excusation nicht blos zur Zeit der Interposition vorhanden sein, sondern auch noch während des Prozesses fortdauern müssen (8), doch ist es zweifelhaft, ob dies auch auf die Vormundschaft Anwendung findet (9).

III. Der Vormund muß den Beweis der paupertas, gewöhnlich durch Armenatteste, führen (10).

δ. Mediocritas, rusticitas, domesticae lites.

§. 78.

Auf diese Excusationsgründe beziehen sich folgende Stellen:

Vat. Fr. §. 244. Paullus libro singulari de officio praetoris tutelari. Mediocritas et rusticitas et domesticae lites interdum excusationes merentur, ex epistula divorum Hadriani et Antonini et Fratrum ad Caerellium Priscum praetorem tutelarem.

L. 6. §. 9. h. t. *Περὶ τῶν ἀγροίκων, καὶ τῶν ταπεινῶν καὶ τῶν ἀγραμμάτων γράφει Παῦλος οὑτωσί.* Mediocritas et rusticitas interdum excusationem praebent secundum epistolas Divorum Hadriani et Antonini. „Ejus, qui se neget literas scire excusa-

(7) Fabrot. ad Theoph. I. 25. 6. ap. Reitz. Tom. I. p. 192.

(8) L. 10. §. 3. de vacat. Paull. lib. 1. Sent. Auctis post appellationem medio tempore facultatibus, paupertatis obtentu non excusantur.

(9) L. 1. §. 4. h. t.

(10) Vat. Fr. §. 240. L. 7. h. t.

tio accipi non debet, si modo non sit expers negotiorum."

§. 8. J. h. t. Similiter eum, qui litteras nescit, excusandum esse Divus Pius rescripsit: quamvis et imperiti litterarum possint ad administrationem negotiorum sufficere.

In diesen Stellen werden also mehrere Excusationsgründe zusammengefaßt, die nunmehr einzeln zu erklären sind.

I. Was zunächst die mediocritas betrifft, so ist darunter mediocritas censuum (1) oder facultatium (2) zu verstehen, in welchem Sinn das Wort auch ohne einen solchen Beisatz im Theodosischen Codex gebraucht wird (3). Mediocres, ταπεινοι, oder wie der alte Interpres übersetzt, humiles, sind daher diejenigen, welche nicht gerade ohne alles Vermögen (pauperes) sind, aber doch nur geringes Vermögen (censum tenuem) besitzen. Diese mediocritas entschuldigt nach einer epistula D. Hadriani von der Vormundschaft nur unter Umständen (interdum); nach den Constitutionen späterer Kaiser scheint sie unbedingt eine Befreiung von munera personalia sowohl als patrimonii gegeben zu haben (4).

II. Nächst der mediocritas soll nach einer epistula Divi Antonini Pii auch rusticitas bisweilen entschuldigen. Rustici (ἀγροῖκοι, ἀγράμματοι) sind nicht sowohl alle Land-

(1) L. 8. C. Th. de cohort.

(2) L. 30. de leg. II.

(3) L. 27. C. Th. de annona. Hi vero, quos forte *mediocritas* a contumaciae huius excusat invidia . . .

(4) L. 1. §. 1. C. Th. de his, qui num. lib. vel paupertate excus. meruerint. „Quodsi quis propter censum tenuem vacationem meruerit . . . .

bewohner oder Bauern, als vielmehr alle ungebildete Leute (5). Eine Folge der Rusticität ist daher das litteras nescire, d. h. die Unkunde des Schreibens und Lesens (6), welche auch in dem Rescript von Pius ausdrücklich hervorgehoben war, eine andere, das jus nescire, die Unkunde des Rechts, die daher auch den rusticis nicht schadet (7). Daß nun solche Eigenschaften eine Entfernung von der Tutel salva existimatione bewirken können, ist gewiß (8), dagegen ist es sehr bestritten, inwiefern sie eine Excusation abgeben. Marcilius und Janus a Costa (9) glauben nämlich, daß die Rusticität zwar nach älterm Recht nur bisweilen excusirt habe, nämlich dann, wenn der Vormund zugleich zur Geschäftsführung völlig untüchtig gewesen sei, nach Justinian's Bestimmung dagegen unbedingt, mithin auch dann, wenn er hierzu tüchtig sei, eine Entschuldigung bewirke. Diese Erklärung aber hat einmal gegen sich, daß Justinian eine Aenderung des Rechts mehr hervorgehoben hätte; zweitens, daß auch Krankheit, welche im §. 7. J. h. t. genannt wird, nur bedingt entschuldigt, endlich drittens, daß in dem durch Justinian's Gesetzgebung bestimmten Rechtszustande wirklich Vormünder vorkommen, welche des Schreibens unkundig sind (10). —

(5) Mühlenbruch im Archiv für die civ. Praxis. Bd. 2. S. 446 ff.

(6) Duarenus disp. anniv. lib. 1. c. 3. (Opp. p. 1031. ed. Francof. 1592. fol.) Spangenberg tabb. neg. p. 150.

(7) L. 2. §. 7. de jure fisci. L. 2. §. 2. si quis in jus voc.

(8) L. 3. §. 18. de susp. tut.

(9) ad §. 8. J. h. t.

(10) So ist z. B. in dem instrumentum plenariae securitatis der Tutor Gratianus litteras nesciens, weshalb er auch die ausgestellte Quittung blos unterkreuzt. Spangenberg tabb. neg. soll p. 150.

Duarenus und Nerius erklären deshalb quamvis durch nisi, und verstehn die Institutionen von einer Ausnahme der Excusation, im Fall der Vormund seiner Rusticität ungeachtet ein unter diesen Umständen tüchtiger Geschäftsmann sei (11). Allein da diese dem Sinne nach richtige Erklärung den Sprachgebrauch und die Paraphrase des Theophilus (12) wider sich hat, so kann die Institutionenstelle nur etwa so übertragen werden: Eben so (nämlich wie ein Kranker excusirt wird, d. h. unter Umständen, hier: wenn bei der Tutel viel Schreiberei und Rechnungswesen oder kaufmännische Geschäftsführung erforderlich ist) hat Pius rescribirt, daß auch der, welcher Lesens und Schreibens unkundig ist, excusirt werden müsse, obgleich (im Allgemeinen, wenn die Verwaltung des Vermögens des Pupillen nicht viel Schreiberei und Rechnerei erfordert) auch Schreibensunkundige zur Verwaltung von Geschäften hinreichen können. Diese Erklärung stimmt sowohl mit den Pandecten, als mit Theophilus und der Praxis des Justinianischen Rechts überein, und ist daher von Balduinus und neuerdings von Pothier, Thibaut und Glück und in neueren Gesetzen gebilligt worden (13). Auch eine lückenhafte Stelle der Vaticanischen Fragmente dürfte in diesem Sinne zu ergänzen seyn (14).

(11) Duarenus l. c. Nerii Analecta II. 12. (Ottonis Thes. T. II. p. 409.)

(12) Theoph. ad §. 8. J. h. t. εἰ καὶ μάλιστα καὶ οἱ ἀγνοοῦντες γράμματα ἐστὶν ὅτε δύνανται ἀλλοτρίας διοικεῖν περιουσίας.

(13) Balduinus ad §. 8. J. h. t. Pothier Pand. Iust. h. t. N. XIX. not. 6. Thibaut System §. 501. a. E. Würtemb. L. O. Tit. 32. §. 5.

(14) Vat. Fr. §. 155. Nämlich etwa so: (Lucio Titio) *cum per*

III. Domesticae lites endlich kommen nur in den Vaticanischen Fragmenten ausdrücklich als Excusationsgrund vor; in den Pandecten dagegen wird weder die Excusation selbst, noch das Rescript der Divi Fratres an den Cärellius Priscus erwähnt, worauf sie sich gründete. Ueber die Erklärung schwankt von Buchholtz (15). Allein Prozesse des Pupillen mit dem designirten Vormunde können hier darum nicht gemeint sein, weil diese nicht *domesticae* lites würden heißen können. Vielmehr können mit diesem Ausdruck nur Prozesse des Vormundes mit seiner Familie, oder seinen Cognaten und Affinen bezeichnet werden und der Sinn des Rescripts ist demnach der, daß dem Vormund, wenn er durch Uebernahme der Vormundschaft in Prozesse Namens seines Pupillen gegen seine Angehörigen (domestici) verwickelt werden würde, sowohl aus Rücksicht auf ihn selbst, als auf den Vortheil des Pupillen die Uebernahme dieser Vormundschaft nicht zugemuthet werden soll. In diesem Sinn kommt die Excusation aber auch in folgender Stelle des Justinianischen Rechtsbuchs vor:

L. 23. C. h. t. Impp. Diocl. et Maxim. Neophyto. Humanitatis ac religionis ratio non permittit, ut adversus sororem vel filios sororis actionum necessitates tutelae occasione suscipias, cum et ipsius pupilli, cui tutor datus es, aliud videatur exigere uti-

rusticitatem se alienis negotiis gerendis imparem esse affirmaret, Divus Pius rescripsit: Praetorem aestimaturum an videatur excusationem *mereri*. *Paupertas plane* dat excusationem: cet. (hier folgen die Worte des §. 240., der auch aus Ulp. lib. sing. de off. praet. tut. genommen ist.

(15) ad Vat. Fr. §. 244.

litas: sc. ut eum tutorem potius habeat, qui ad defensionem ejus non inhibeatur *affectu*. rel. (295.)

Aus den Vaticanischen Fragmenten sehen wir nun zugleich, daß die in diesem Rescript genannten Cognaten nicht die einzigen sind.

b. Objective Hindernisse.

α. Zahl der Vormundschaften.

§. 79.

Quelle:

C. V. 69. Qui numero tutelarum.

Auch ohne persönliche Schwäche des Vormundes kann die Anhäufung mehrerer Vormundschaften in einem Hause (numerus tutelarum) eine Last begründen, von welcher eine Excusation gegen später deferirte Vormundschaften hergenommen werden darf (1).

Welche Zahl zur Begründung einer solchen Excusation hinreichend wäre, darüber schwankte anfänglich das Recht; durch Rescripte älterer Kaiser vor Sever und Caracalla, und durch Constitutionen dieser letztern, sind indeß darüber festere Grundsätze aufgestellt worden (2).

I. Der Zahl nach befreien drei gleichzeitige Vormund-

(1) Gegen andere munera gilt diese Excusation nicht. L. 3. C. de excus. mun. 10. 47.

(2) Vat. Fr. §. 125. Eine der Constitutionen Sever's und Caracalla's ist die L. un. C. h. t. vom Jahr 206, deren auch Modestin in L. 4. h. t. gedenkt.

schaften von der Uebernahme der **vierten** (3). Diese Zahl wird jedoch nicht nach den Personen der Pflegbefohlenen, sondern nach der Anzahl der zu verwaltenden Vermögen berechnet, indem nicht die Personenzahl der Pupillen, mit deren Erziehung der Vormund ja nichts zu thun hat, sondern allein die Größe des periculi und die Aufstellung und Ablegung mehrerer Vormundschaftsrechnungen ihm lästig werden kann (4).

Nach diesem Grundsatze können freilich einerseits die **getheilten** Gütermassen eines und desselben Pupillen, z. B. die bona Italica und provincialia selbst dann nicht für zwei Vormundschaften zählen, wenn auch die Verwaltung derselben von den zwei verschiedenen Magistraten dem Vormund übertragen worden wäre, weil dieselben juristisch doch niemals als zwei verschiedene patrimonia, sondern allemal nur als Theile oder Massen eines und desselben Vermögens betrachtet werden können (quod videlicet unius duo patrimonia non viderentur) (5).

Allein andrerseits kann doch auch das **ungetheilte** Vermögen dreier oder mehrerer fratres consortes allemal nur für **eine** Vormundschaft gelten, weil es nur **ein** patrimonium ist und nur **eine** Vormundschaftsrechnung darüber geführt und abgelegt zu werden braucht (6). Dasselbe

(3) Vat. Fr. §. 125. L. un. C. h. t. L. Rom. Burg. tit. XXXVI. Neuere Gesetze betrachten 2 als hinreichend. Preuß. Landr. §. 212. Oesterr. G. B. §. 195. Code civ. a. 435.

(4) Vat. Fr. §. 186. i. e. L. 3. h. t. (Ulp. lib. sing. de off. pr. tut.) §. 231. §. 5. J. h. t. Theoph. ad §. 5. J. h. t. L. 31. §. 4. h. t.

(5) L. 30. §. 1. h. t. (Papin. lib. V. responsorum).

(6) Vat. Fr. §. 186. i. e. L. 3. h. t. (Ulp. lib. sing. de off. praet.)

gilt von allen andern Pupillen, welche in Gütergemeinschaft stehen.

Ausnahmsweise kann indeß auch schon eine Tutel hinreichen, um von der Uebernahme der zweiten zu excusiren, wenn sie nämlich so vollauf zu thun giebt, daß sie für drei gewöhnliche gerechnet werden kann, denn wenn man schon innerhalb derselben Tutel dem Tutor Excusation von der Verwaltung entfernter Güter verstattet, so muß man sie um so mehr gegen die Uebernahme einer zweiten Tutel zulassen (7).

Auf der andern Seite können aber bisweilen auch drei verschiedene Tutelen doch noch keine Excusation geben, sobald nämlich der Umfang des zu verwaltenden Vermögens so unbedeutend, oder die Dauer der bereits verwalteten oder der so eben deferirten vierten Tutel nur noch so kurz ist, daß der Vormund ganz füglich auch diese noch übernehmen kann. Denken wir z. B. den Fall, daß einer der Pupillen schon 13½ Jahr alt ist, indem die vierte Tutel deferirt wird (8),

tut.) Vat. Fr. §. 231. (Paull. lib. sing. de excus.) Quod si fratrum tutelam suscipiant, pro *una* tutela reputantur *eadem* bona. §. 5. J. h. t. und Theoph. ad h. t. (*μία ἔςαι ἡ ἐπιτροπὴ ἐπειδὴ καὶ μία περιουσία*) L. 31. §. 4. h. t. (Paullus lib. 6. quaest.) Ceterum putarem recte facturum Praetorem, si etiam unam tutelam sufficere crediderit, si tam diffusa et negotiosa sit, ut pro pluribus cedat. Neque igitur *fratres consortes* plurium loco habendi sunt: neque non fratres si idem patrimonium habent, et ratio administrationis pariter reddenda sit. Et ex diverso fratres diviso patrimonio duae tutelae sunt: non enim (ut dixi) numerus pupillorum, sed difficultas rationum conficiendarum et reddendarum consideranda est. — Daß fratres consortes Brüder sind, die in Gütergemeinschaft leben, darüber s. Cujac. Obs. V. 10.

(7) L. 31. §. 4. cit.

(8) L. 17. pr. h. t. (Callistratus lib. 4. de cognitionibus.)

oder daß der Vormund ihn von dem väterlichen Vermögen abstinirt (9) oder daß die tutelae bloß honorariae sind (10).

II. Der Art der Vormundschaften nach kommen hier alle tutelae und curae in Betracht, mit denen eine wirkliche Gefahr und Administration verbunden ist. Dahin gehört nun zwar nicht tutela muliebris, wohl aber die tutela und cura pupilli, so wie noch die cura adulti, furiosi und prodigi nach der Constitution von Sever und Caracalla (11). Auch brauchen die drei Vormundschaften nicht gerade alle von derselben Art zu sein (12). Selbst daß sie administrirt werden, ist nicht nöthig, vielmehr steht schon das periculum cessationis der Administration gleich (13). Was die analogen Verhältnisse bei juristischen Personen betrifft, so soll zwar das Amt eines logista oder curator reipublicae, die *λογιςεία πόλεως* nicht einmal für **eine** Tutel geachtet werden (14), wogegen die cura kalendarii in der Regel wenigstens für **eine** Tutel mit zählt (15), in einem speciellen Fall aber, nämlich wenn die cura calendarii der Stadt Gades vom Kaiser einer Person aus dem Ritterstande übertragen wird, vielleicht noch bedeutendere Wirkungen hat (16). Der Grund des Unter-

(9) L. 31. §. 3. h. t.

(10) L. 15. §. 9. h. t. *οὐδὲ οἱ κατὰ τιμὴν ἐπίτροποι γραφέντες.* Basil. *οὔτε ὁ τετιμήμενος.* Dahin gehört jedoch nicht ein Tutor, der den andern Rechnung abnehmen soll. L. 26. §. 1. de test. tut.

(11) L. 2. §. 9. h. t. Vat. Fr. §. 125.

(12) L. 2. §. 9. h. t. Vat. Fr. §. 125. sive ejusdem *tituli* sint tria honera, sive non, wofür Keller unrichtig tutelae vorschlägt.

(13) L. 31. pr. h. t.

(14) L. 15. §. 7. h. t. *Λογιςεία πόλεως οὐδὲ εἰς ἀριθμὸν μιᾶς ἐπιτροπῆς προχωρεῖ.*

(15) Vat. Fr. §. 128.

(16) Vat. Fr. §. 187. Das in L. 41. §. 6. de leg. III. erwähnte calendarium Gaditanum ist ein bloßes Privatcalendarium.

schiedes liegt vielleicht darin, daß die cura reipublicae ein honor ist (17), die cura calendarii dagegen ein munus publicum sehr lästiger und untergeordneter Art (18), welches die Curie, oder der Präses ex inquisitione oder in gewissen Fällen der Kaiser injungirte (19), und welches in der Aufsicht über das städtische Schulden- und Creditwesen und der damit in Verbindung stehenden Buchführung bestand. — Das bloße *periculum* tutelae, welches Jemand als Bürge oder Magistrat trägt, gilt aber niemals einer Tutel gleich (20).

III. Es ist indeß nicht erforderlich, daß eine und dieselbe Person jene drei Vormundschaften führe, vielmehr genügt die Anhäufung derselben in einem Römischen Hause (familia oder *caput*). Im ältern Recht war freilich auch dieser Punct nicht ganz entschieden, durch eine Constitution Sever's und Caracalla's ist er jedoch fest bestimmt worden (21). Wenn also der Hausvater oder der Haussohn oder der agnatische Bruder, oder sonst Jemand aus dem Hause drei Vormundschaften führt, oder wenn auch verschiedene Glieder desselben Hauses zusammengenommen drei Tutelen verwalten, so

(17) L. 3. C. de modo mulct. L. 11. §. 2. de min. v. Savigny Gesch. des R. R. im Mittelalt. Band I. S. 41 ff.

(18) L. 18. §. 1. 2. de mun.

(19) L. 11. C. Th. de cura calendarii XII, 11. L. 9. §. 7. de adm. rer. ad civ. pert. Bluhme iter Italicum I. p. 85. Gothofred. Parat. ad C. Th. XII, 11.

(20) L. 15. §. 9. h. t. Vgl. Schulting Notae ad Dig. T. IV. p. 463. Kriegel l. c. p. 80. n. 493. cf. L. 24. de tut. dat.

(21) Vat. Fr. §. 127. L. 481. h. t. καὶ τοῦτο οὕτω διατέτακται ὑπὸ τῶν θειοτάτων Σεβήρου καὶ Ἀντωνίνου. Dagegen tres tutelae diversarum domuum befreien nicht. cf. L. 3. C. de excus. mun.

kann keinem einzigen Mitgliede des Hauses noch eine vierte aufgebürdet werden (22).

Ob freilich unter diesen drei Tutelen, welche von der vierten befreien, auch diejenige mitgezählt werden kann, welche der Vater über sein emancipirtes unmündiges Kind führt, wurde ehemals bezweifelt. Es findet sich jedoch ein Rescript (wahrscheinlich von Marcus) (23), an den Tutelarprätor Fulvius Aemilianus, in welchem einem gewissen Manilius Optivus gestattet wird, die Tutel über seine emancipirte Tochter in die Zahl der von der vierten befreienden drei Vormundschaften mit einzurechnen. Dasselbe muß aus gleichem Grunde denn natürlich auch von der Tutel über einen emancipirten Sohn angenommen werden (24). Der Zweifelsgrund mag übrigens darin gelegen haben, daß die legitima tutela des Vaters über das emancipirte Kind, wegen des damit verbundenen Erbrechts oder wegen des gewöhnlich unbedeutenden Vermögens des abgeschichteten Kindes weniger als eine Last betrachtet wurde, wie die Tutel über fremde und begüterte Pupillen (25).

Dagegen kann sich aber auf der andern Seite der Vater

(22) Vat. Fr. §. 190. i. c. L. 5. h. t. (Ulp. lib. sing. de off. Praet. tut.) L. 4. §. 1. h. t.

(23) Vat. Fr. §. 210.

(24) Vat. Fr. §. 189. (Ulp. lib. sing. de off. praet. tut.) L. 15. §. 16. h. t. (Ulp. lib. sing. de excus.)

(25) Wenigstens ist dieser Grund befriedigender, als die Analogie von L. 36. §. 1. de excus. welche den gänzlich verschiedenen Fall enthält, wo sich ein Vater gegen die Vormundschaft über das emancipirte Kind mit einer Anzahl von Kindern entschuldigt, in welche er dieses selbst mit einrechnen will. cf. Cujac. ad L. 2. h. t. Montanus XXXV. n. 124.

auch noch nach neuestem Rechte diejenigen Vormundschaften nicht mit in die Zahl einrechnen, in Rücksicht deren er kein periculum zu tragen hat (26). Die Gefahr aber trägt er nur alsdann in solidum, wenn er sich mit der vormundschaftlichen Administration des Sohnes einverstanden erklärt hat (si agnovit tutelam, si voluntate ejus filius administret); im entgegengesetzten Fall haftet er für die Verwaltung des Sohnes nicht, falls er nicht demselben ein Peculium concedirt hat, in welchem Fall er bis auf den Bestand dieses letztern belangt werden kann. Nach diesem Unterschiede kann folglich der Vater auch nur diejenigen Tutelen seiner Hausunterthänigen in die Zahl einrechnen, welche er agnoscirt hat.

IV. Die Vormundschaften dürfen nicht affectatae sein, sonst zählen sie nicht mit. Affectatae sind diejenigen, welche Jemand geflissentlich gesucht, oder von welchen er sich, da er es konnte, nicht entschuldigt hat (27). Wenn also z. B. Jemand Tutor gewesen ist und sich nun von der Cura nicht entschuldigt, oder wenn er sich selbst im Testament die Tutel abscribirt, so hat er sie affectirt (28). Die gewöhnliche Absicht

(26) Vat. Fr. §. 190. i. e. L. 5. h. t Tria (Vat. Fr. autem) honera in domo (D. una) esse sufficit. Proinde, si pater alicujus, vel filius vel frater qui est in ejusdem potestate, tria honera sustineat, *quae ad periculum patris pertinent*; quoniam (Dig. patris sui spectent, quia) *voluntate ejus* administrant, omnibus excusatio a tutela conpetit. (Dig. Sed si non patris voluntate administrent, non prodesse saepe rescriptum est.)

(27) Vat. Fr. §. 188. Affectatam sic accipimus, si vel appetita videatur, vel cum posset quis se excusare, ab ea non excusavit. Creditur enim affectasse, qui honus, cum posset declinare, non recusavit.

(28) Vat. Fr. §. 188.

sicht wird dabei natürlich die sein, die Zahl der Tutelen zu erfüllen, oder sich eine Excusation zu erwerben. Deshalb nennen die Quellen meistens geringfügige Tutelen als affectatae oder defunctorie susceptae (29), und unsere Juristen nehmen dieses als ein wesentliches Merkmal in dem Begriff auf. Indeß läßt sich beides doch auch getrennt denken: eine geringfügige Tutel zählt überhaupt nicht mit, wenn sie auch nicht affectirt ist; und umgekehrt muß eine Affectation als ein Verzicht auf die Excusation auch dann betrachtet werden, wenn die affectirte Vormundschaft beträchtlicher und deshalb vielleicht aus noch schlechtern Beweggründen nachgesucht ist (30).

V. Die drei Vormundschaften müssen endlich auch wirklich schon begonnen haben und andrerseits noch nicht wieder beendigt sein (31). Wichtige praktische Anwendungen dieses Satzes enthält eine sehr merkwürdige Stelle des Paullus:

> L. 31. pr. — §. 3. h. t. Paullus lib. 6. Quaestionum. Si is, qui tres tutelas administrabat, duobus pupillis diversis decretis datus est, qui potuit excusari (32), et priusquam causas excusationis allega-

(29) L. 15. §. 15. h. t. *ἤδη δὲ καὶ ὁ μετρίου γενόμενος ἐπίτροπος, ἐπιτηδεῦσαι δοκεῖ.* Theoph. ad §. 5. J. h. *εἰ πολλάκις ἐσπούδασα τὴν τοῦδε ἐπιτροπὴν — ὑπεισελθεῖν, οὖσαν εὐτελεστάτην* L. un. C. h. t. Si tres tutelas vel curas eodem tempore *non defunctorie susceptas* administras cet. Defunctorie heißt hier soviel wie dicis gratia. Fabrotus ad Theoph. §. 5. J. h. t. Reitz I. 191.

(30) L. 18. §. 1. de lege Corn. de falsis. L. 9. de tutelis. L. 21. §. 6. de tut. dat.

(31) Vat. Fr. §. 126. cf. L. 17. pr. h. t. L. 8. §. 10. h. t. L. un. C. h. t.

(32) Die Worte qui potuit ex-

ret, unus ex pupillis, quorum jam tutelam administrabat, decessit: ubi desiit ei competere excusatio, statim tenuit eum prius decretum, quasi in loco tertiae tutelae quarta subroganda: nam ipso jure tutor est et antequam excusetur. Potuit ergo tutela ejus, qui nunc quarto loco invenitur, excusari: sed cum non sit excusatus, necessario subeundum est onus illius quoque tutelae. Nec me movet, quod dicat aliquis, hocne (33) exigi, an administretur tutela? hoc enim eo pertinet ne sit finita administratio: ceterum, si periculum sustineat cessationis, puto ei imputandum eam quoque tutelam. §. 1. Idem evenire potest, si duobus testamentis, cum haberet tres tutelas, tutor datus est: ubi non apertarum tabularum tempus inspici debebit, si quaeratur, quae prior delata sit tutela, sed aditae hereditatis, vel conditionis existentis. §. 2. Illa quoque erit differentia tutelarum, de quibus diximus, si tertia et quarta sit delata, licet in quartam (34) prius detentus sit, quod hujus i. e. quartae, ex quo jussus est administrare, illius, ex quo datus est, periculum sustinet. §. 3. Eum qui pupillum bonis paternis abstinuerit, detinendum in quarta tutela existimavi, quasi deposita illa.

cusari stehen zwar in der Florentina, fehlen dagegen, und gewiß mit Recht, in mehreren Ausgaben.

(33) Haloander's Emendation der florentinischen Lesart in hoc non ist ganz unnöthig.

(34) Haloander hat die florentinische Lesart mit Unrecht in quarta emendirt, da der Accusativ hier doch so sehr gewöhnlich ist. M. vgl. z. B. die lex Servilia.

Außer der Uebersetzung und den Scholien zu dieser Stelle in den Basiliken (35), haben wir ausführliche Erläuterungen derselben von Cujacius (36), Anton Faber (37), Pothier (38) und Glück (39).

Der Fall, von welchem im Principium dieser Stelle ausgegangen wird, ist dieser. Ein Vormund, welcher bereits drei Tutelen verwaltet, wird durch zwei auf einander folgende Decrete noch zu einer vierten oder fünften berufen. Bevor er aber seine interponirte Excusation näher begründet, stirbt einer der drei ersten Pupillen. Von diesem Augenblicke an kann er sich gegen die vierte Tutel nicht mehr entschuldigen. Der Grund ist dieser: das Decret, welches ihm diese vierte Tutel auflegte, war ipso jure schon Anfangs gültig, obgleich er excusationsfähig war; nur konnte er eine Excusation dagegen vorbringen. Seit dem Tode des einen Pupillen kann er dies nicht mehr, folglich muß er sofort die vierte Tutel übernehmen, oder das periculum cessationis tragen. Dagegen kann er sich allerdings gegen die fünfte Tutel entschuldigen (40), so daß er diese erst dann, wenn er die Nothfristen dieser Excusation versäumt, zu übernehmen gezwungen ist, indem er dadurch, daß die vierte Tutel in die Stelle der dritten eingerückt ist, ja wieder die zur Excusation hinreichende Anzahl besitzt.

(35) Basil. XXXVIII. 1. 30. Tom. V. p. 13. und p. 42.

(36) Cujac. Comm. in lib. VI. Quaest. Paulli ad h. t. (Opp. postum. Tom. II. p. 1094.)

(37) A. Faber Jurispr. Pap. scient. XXIV. 1. 2. p. 1101.

(38) Pothier Pand. Iust. T. II. h. t. N. XII.

(39) Glück Erläut. der Pand. Bd. XXXII. S. 7 ff.

(40) L. 6 pr. h. t.

Freilich könnte man gegen die Zulässigkeit dieser Excusation einwenden wollen, daß ja nur solche Tutelen, die Jemand wirklich verwaltet, mitgezählt werden können. Allein dieser Einwand würde den gegenwärtigen Fall gar nicht berühren. Denn er hat nur den Sinn, daß eine tutela non delata, seu finita nicht mitzählt, keineswegs aber den, daß die drei Vormundschaften auch noch wirklich administrirt werden müßten, um entschuldigen zu können. Vielmehr genügt das bloße Dasein derselben und das periculum cessationis steht der wirklichen administratio ganz gleich (41). Da nun in unserm Fall der Vormund vom Augenblick des Todes des dritten Pupillen an, das periculum cessationis der vierten Tutel trug, so muß er natürlich von derselben, wenn er sich gleich noch nicht in sie eingemischt hätte, auch eine Excusation gegen die fünfte hernehmen können.

Ganz derselbe Fall ist nun aber auch denkbar, wenn ein bereits mit drei Tutelen belasteter Vormund, nun noch in zwei verschiedenen Testamenten zu einer vierten und fünften berufen wird. Der Unterschied dieses Falles von dem ersten liegt nämlich hauptsächlich nur in dem verschiedenen Zeitpunkte der Delation. Während es bei den obrigkeitlichen Tutelen, um zu bestimmen, welche die vierte und welche die fünfte ist, blos auf das Alter des Decrets ankommt, so muß dagegen bei testamentarischer Delation darauf gesehen werden, aus welchem Testament die Erbschaft zuerst angetreten

(41) Dagegen gilt die noch nicht erfolgte Rechnungsablegung über eine schon beendigte Tutel, nicht mehr als eine wirkliche Vormundschaft.

ist, oder, wenn die Ernennung des Tutors bedingt geschah, darauf, welche Bedingung zuerst erfüllt wurde; auf keinen Fall aber auf die Zeit der Eröffnung des Testaments, indem diese zwar seit der Lex Papia Poppaea regelmäßiger Zeitpunct der Delation und des vorläufigen Erwerbes ist, aber nur bei vererblichen Rechten, zu welchen, nach Thl. I. S. 7., die Tutel nicht gehört.

Mit jener verschiedenen Bedeutung der vierten und fünften Tutel, in Rücksicht der Excusation, hängt nun aber auch eine wichtige Verschiedenheit in Rücksicht des Anfangspuncts des periculum cessationis zusammen, welche Paullus am Schluß noch beiläufig berührt. Nämlich bei der vierten (42) trifft dasselbe den Tutor sofort vom Tode des dritten Pupillen an (ex quo datus est), weil er sich nicht mehr excusiren kann. Bei der fünften, gegen welche er sich noch entschuldigen konnte, trifft es ihn erst von dem Decret an, welches, nachdem er sich nicht entschuldigt hat, ihm die Administration nun wirklich anbefiehlt. Sollte ihm folglich dieses Decret auch eher zugefertigt sein, als in Rücksicht der vierten ein ähnliches erfolgte, (licet in quarta (olim quinta) prius detentus sit) so trägt er also dennoch das periculum der letztern (vierten) schon von jenem frühern Zeitpuncte an.

Uebrigens steht dem Tode eines Pupillen auch die Abstention desselben vom väterlichen Erbe gleich; da eine unbedeutende Tutel ja ebenfalls nicht mitgezählt wird. So weit Paullus.

(42) tertia bedeutet hier diejenige, welche ursprünglich die vierte war.

Dagegen gilt eine noch unentschiedene Tutel ebenso wenig einer noch nicht deferirten oder bereits beendigten, als einer entschieden gültigen gleich, sondern hier bestimmt eine Constitution Sever's und Caracalla's, daß der Vormund, während die Appellation wegen der dritten schwebt, überall nicht mit einer vierten belastet werden soll. Denn sonst würde er, falls in appellatorio über jene confirmatorisch erkannt würde, mit vier Tutelen belastet werden, indem er sich inzwischen von der vierten nicht entschuldigt hätte, folglich diese ihn binden würde (43). Wie aber, wenn durch Testament oder Gesetz nun doch inzwischen eine vierte anfiele? Hier würde zwar der Vormund sich mit seinen drei Tutelen nicht excusiren können, weil ihm ja die dritte noch nicht entschieden oblag, aber wenn er unterdeß die vierte übernahm und hierauf seine Appellation gegen die dritte ebenfalls verworfen wurde, so kann er mit der vierten sich gewiß gegen die dritte vertheidigen. Denn Modestin sagt ausdrücklich, daß wenn, während man nicht weiß, was der Kaiser als Appellationsrichter über die dritte Tutel beschlossen hat, eine vierte übertragen ist, diese von der hernach ebenfalls übertragenen dritten befreie.

Werden übrigens beide Vormundschaften dem mit zwei andern Belasteten nicht, wie bisher vorausgesetzt, zu verschiedenen, sondern zu gleicher Zeit deferirt, so muß bei obrigkeitlicher Bestellung die Obrigkeit bestimmen, welche übernommen

(43) L. 4. pr. h. t.

werden und gegen welche von beiden Excusation Statt finden soll (44).

β. Entfernung des Geschäftskreises des Vormundes.

§. 80.

Es erscheint unzweckmäßig, einem Fremden oder entfernt Wohnenden eine Vormundschaft aufzubürden, die von näher Wohnenden mit geringerem Aufwand von Zeit und Kosten und mit weit größerer Sorgfalt administrirt werden kann. Daher finden in Fällen dieser Art folgende Excusationen Statt.

I. Wenn Jemand an einem andern Ort zum Vormund bestellt wird, als da wo er wohnt, so gewährt ihm dies nach einem Rescript von Sever und Caracalla ganz allgemein eine Excusation.

L. 46. §. 2. h. t. Paull. lib. sing. de cognitionibus. Sed et hoc genus excusationis est, si quis se dicat ibi domicilium non habere, ubi ad tutelam datus est.

Diese Excusationen kommen in folgenden einzelnen Anwendungen vor:

1) Wenn ein Italiker oder ein Provinziale in Rom zum Tutor deligirt wird. (Rescript von Marcus an die Consuln Pertinax und Aelianus, wovon letzterer 163 Consul ordinarius war) (1). Ein Fall, in welchem diese Excusation häufig zur Sprache kommt, ist der, wenn

(44) L. 6. pr. h. t. Basil. V. p. 27. Schol. m.

(1) Vat. Fr. §. 203. 241.

Fremde, die sich in Rom blos ihrer Studien, besonders des Rechtsstudiums wegen aufhalten, daselbst zu Tutoren ernannt werden, denn diese haben daselbst ebenfalls kein Domicil (2). Als in Rom bestellt ist übrigens sowohl der Vormund zu betrachten, welcher in einem in urbe oder continentibus aedificiis (3) errichteten Testament, als auch der, welcher von einem dortigen Magistrat, z. B. dem Praefectus urbi oder Praetor tutelaris creirt worden ist (4).

2) Wenn ein Römer oder ein Einwohner einer andern Provinz in einer andern zum Vormund ernannt wird, so kann er sich ebenfalls excusiren (5). Hingegen ein incola einer in derselben Provinz oder in Italien gelegenen Stadt, welcher in seiner Vaterstadt (origo) zum Tutor ernannt wird, hat keine Excusation.

In allen diesen Fällen ist die Excusation übrigens eine freiwillige, also in den gehörigen Fatalien anzubringen (6). Nur dann, wenn der auswärts domiciliirte Tutor dem Ma-

(2) Vat. Fr. §. 204. (Rescr. von Caracalla an Anicius Cerealis) cf. Vat. Fr. §. 234. a censibus d. h. magister census. Guther. de off. dom. Aug. III. 9. p. 591.

(3) Ueber diesen Gegensatz vgl. Frontin de aquaed. p. 207. Bip.

(4) L. 45. §. 3. de excus. Vat. Fr. §. 241. geht namentlich auf den Tutelarprätor. Auch Vat. Fr. §. 173. dürfte nach der Inscription hierher gehören und von Buchholtz's Ergänzung *provincialibus* honoribus nicht richtig sein. Auch hätte dieser §. von dem Herausgeber in zwei getrennt werden sollen, da am Schluß offenbar von einer neuen Excusation (propter sacerdotium) die Rede ist.

(5) Vat. Fr. §. 203. L. 46. §. 2. h. t. L. 10. §. 4. h. t.

(6) L. 30. §. 1. h. t. L. 19. §. 1. de judic.

gistrat auch durch seine origo nicht unterworfen wäre, würde sich eine Nullität der datio wegen Incompetenz behaupten lassen. Wir müssen also hier solche Fälle voraussetzen, in welchem die Ernennung durch Testament (7) oder von dem Magistrat der origo geschehen ist (8).

II. Wenn der Vormund zwar an seinem Wohnort zum Tutor oder Curator bestellt wird, ein Theil des Vermögens, welches er verwalten soll, aber allzuweit von demselben entfernt liegt und er nicht schon von Haus aus nur für das in der Nähe gelegene Vermögen allein verpflichtet ist (was freilich bei testamentarischer Bestellung nicht möglich und auch bei obrigkeitlicher nicht zu präsumiren ist) (9), so kann er sich von der Verwaltung der allzu entfernt gelegenen Güter ebenfalls excusiren, oder, wenn er dieses versäumte, wenigstens unter Umständen um Zuordnung von Curatoren bei der competenten Behörde einkommen (10). Einzelne Anwendungen dieser Excusation sind folgende:

1) Wer in der urbica dioecesis domiciliirt ist und in Rom zum Tutor bestellt wird, kann sich von der Verwaltung des Vermögens entschuldigen, welches in den Regionen der Juridici, oder in den Provinzen gelegen ist (11). Eben so

(7) L. 10. §. 4. h. t. cf. L. 11. C. h. t.

(8) L. 30. §. 1. de excus. Thl. I. S. 374.

(9) L. 2. C. h. t. L. 21. §. 2 eod.

(10) L. 13. §. 3. h. t. L. 11. C. h. t.

(11) Vat. Fr. §. 205. Proinde si quis ad urbicam dyocesim pertinens (d. h. ein hier domiciliirter oder geborener) *Romae tutor designetur* excusare se debebit ab eo patrimonio, quod in regionibus *situm est, quae sunt sub juridicis, sicut excusatur* a re provinciali.

braucht, nach einer Constitution von Sever und Caracalla, kein Senator des Römischen Volks Vermögen zu administriren, welches über 200 römische Meilen von Rom entfernt liegt. Zur Verwaltung dieser entferntern Vermögensstücke giebt daher der Tutelarprätor Tutoren oder Curatoren aus dem Ritterstande, und dies gilt sowohl dann, wenn der Senator im Testament, als auch dann, wenn er durch Decret zum Tutor oder Curator ernannt ist (12). — Im Justinianischen Recht sind diese Bestimmungen, nachdem die alte Hauptstadt verloren gegangen war, durch Interpolation auf Byzanz oder die Provinzen übertragen worden, so daß man sich von der Verwaltung über hundert Meilen entfernter Güter entschuldigen kann, ausgenommen, wenn sie noch in derselben Provinz liegen (13). Bei der Excusation der Senatoren sind ebenfalls statt 200 100 römische Meilen von Byzanz der Gleichförmigkeit wegen interpolirt worden (14).

2) Wer in Italien domiciliirt ist, braucht, nach einer Constitution derselben Kaiser, kein Vermögen zu verwalten, welches in der Provinz belegen ist (15).

3) Wer in der Provinz ernannt ist, kann sich von der Verwaltung der in einer andern Provinz belegenen Pupillengüter excusiren, nach einem Rescript derselben Kaiser an den

(12) Vat. Fr. §. 147.

(13) L. 21. §. 2. h. t. (Marcianus lib. 2. Instit.). Zwar hält Noodt. II. p. 570. die Worte nisi in eadem provincia pupilli patrimonium sit für unrichtig. Dagegen s. aber Basil. XXXVIII. 1. 20.

(14) L. 21. §. 3. 4. h. t.

(15) L. 19. h. t. L. 2. C. h. t. Sever und Caracalla (205.)

Valerius, welches jedoch nur von testamentarischer Tutel handelt (16).

4) Dagegen kann man sich blos deshalb, weil die Person oder das Vermögen des Pupillen in einer andern Stadt derselben Provinz befindlich ist, in der Regel nicht von der Tutel entschuldigen. Nur die Ilienser haben wegen der späterhin allgemein postulirten Stammverwandtschaft mit den Römern (17) durch Senatusconsulte und Constitutionen die vollständigste Immunität erhalten, welche **Pius** in Beziehung auf die Vormundschaft dahin interpretirt hat, daß sie sich von der Tutel über alle auswärtige Pupillen excusiren können (18).

Uebrigens darf auch hier keinen Anstoß erregen, daß einer freiwilligen Excusation da gedacht wird, wo man wegen Incompetenz des Magistrats Nullität der Datio erwarten sollte. Denn einmal bezieht sich diese Excusation zum Theil auf testamentarische Datio, welche durch keine Competenzbestimmungen beschränkt ist (19), andrerseits ist aber auch eine generelle und unbestimmte Bestellung des Tutors von einem übrigens competenten Magistrat darum nicht ungültig, weil der Pupill auch in fremder Jurisdiction Vermögen besitzt (20).

III. Wenn Jemand an seinem Wohnort zum Vormund bestellt ist, denselben aber später mit kaiserlicher Erlaubniß

(16) L. 111. de leg. 1. Marcianus lib. 2. Inst. zusammenhängend mit L. 21. h. t. L. 10. §. 4. h. t.

(17) Sueton. Claud. c. 25. und daselbst Oudendorp. Liv. XXIX. 2. XXXVII. 37. Justinus XXXI. 8. Niebuhr Röm. Gesch. Bd. I. S. 208. 209.

(18) L. 17. §. 1. h. t. (Callistr. lib. 4. de cogn.)

(19) z. B. L. 10. §. 4. D. 11. C. de excus. vielleicht Vat. Fr. §. 203.

(20) Th. I. S. 371. Note 4.

verändert, so befreit ihn dieses Rescript sogar von der Fortführung der bereits angetretenen Vormundschaft für immer. Doch wird dabei vorausgesetzt:

1) Daß der Kaiser ausdrückliche Erlaubniß zur Veränderung des Wohnorts (nicht gerade zur Niederlegung der Vormundschaft) ertheilt; und was die Hauptsache ist:

2) Daß er weiß, der Bittsteller sei Vormund und dieser seiner Kenntniß des vormundschaftlichen Verhältnisses im Rescript ausdrücklich Erwähnung thut. Denn ohne diese letztere muß der Richter die Excusation dennoch für erschlichen erklären, da in der Regel kein anderer Beweis des Wissens um das vormundschaftliche Verhältniß des Supplikanten zu führen sein wird. Auch bestätigen dieses folgende Stellen:

L. 10. §. 4. h. t. ... *ἐξ ἀντιγραφῆς βασιλέως εἰδότος μὲν αὐτὸν ἐπιτροπεύειν, τὸ δὲ μετοικῆσαι ῥητῶς αὐτῷ φιλοτιμουμένου, καὶ τούτων ἑκάτερον δηλοῦντος τοῖς γράμμασιν.*

Basil. T. V. p. 7. (lib. XXXVIII.) tit. 1. c. 12. in fin. *ἐν ᾧ ᾔδει αὐτὸν ὁ βασιλεὺς ἐπίτροπον καὶ ῥητῶς ἐν τῇ κελεύσει καὶ τῆς μετοικίας καὶ τῆς ἐπιτροπῆς ἐμνημόνευσεν.*

Wenn demnach Marezoll auf den Grund der alten Uebersetzung des Modestin behauptet, daß schon eins von beiden, Erlaubniß der Migration oder Erwähnung der Tutel im Rescript hinreiche (21), so hat er theils auf die Vulgata im

(21) Marezoll im Archiv für die civ. Praxis. Bd. VIII. S. 266. s. auch *Glossa* ad h. l. *utrumque* debet intervenire sm. Ioan. sed alterutrum sufficit rescripto significari.

Verhältniß zum Text und den Basiliken, ein zu großes Gewicht gelegt (22), theils aber auch die Möglichkeit unberücksichtigt gelassen, worauf neuerdings Kriegel aufmerksam macht, daß nämlich alterutrum in der Sprache der Vulgata auch utrumque bedeuten kann (23).

Eine spätere Vermehrung des Vermögens (augmentum facultatium) des Pupillen, giebt demselben zwar keine Excusation von der Verwaltung dieses Zuwachses, aber wohl das Recht, die Zuordnung eines Curators zu verlangen (24).

Neuere Gesetze versetzen diese Excusation unter die nothwendigen (25).

γ. Dauer der Administration.

§. 81.

Gajus erklärt die Geschlechtstutel deshalb für oneros, weil sie mit der Pubertät nicht aufhöre (1). Auf einer gleichen Ansicht scheint das Rescript des Sever und Caracalla an den Polus Terentianus (2) zu beruhen, nach welchem ein tutor oder curator pupilli (3), wenn er durch Testament oder von der Obrigkeit zugleich zum curator minoris über dieselbe Person ernannt wird, nicht gezwungen werden soll, wider sei-

(22) Augustinus in Otto. Thes. T. IV. p. 1594. van Alphen Selecta quaedam juris publ. et priv. L. B. 1792. 4. p. 48.

(23) Kriegel antiq. vers. lat. p. 65. n. 377.

(24) Thl. I. S. 405.

(25) Preuß. Landr. §. 150. 151. f. o. §. 70. a. E.

(1) Gajus I. 168.

(2) So Vat. Fr. §. 200., wodurch nun vollends entschieden ist, daß in §. 18. J. h. t. nicht Divi Verus et Antoninus zu lesen ist. cf. Püttmann Interpr. et Obss. c. 3.

(3) L. 25. de tut. dat.

nen Willen auch diese Curatel zu übernehmen (4). Auch Diocletian hat diese Excusation bestätigt (5), die Fristen derselben laufen übrigens, selbst dann, wenn im Testament dem Vormund die Verwaltung gleich bis zum 25ten Jahr übertragen sein sollte, nicht von der Eröffnung des Testaments, sondern erst von dem Decret an, wodurch der Curator bestätigt oder gegeben wird (6).

In Deutschland fällt nach dem, was über die Entwickelung der Altersvormundschaft bemerkt wurde, der Regel nach dieser Entschuldigungsgrund weg (7).

2. Wegen des öffentlichen Interesses.

a. Magistraturen, Potestates, Curationes.

§. 82.

Bearbeitungen:

P. de Toullieu, D. de jure sese a tutela vel cura excusandi ob Magistratum. (Collect. jur. civ. ed. Jo. Walbers) Gröningae 1737. 4. D. VII. p. 255—265.

G. d'Arnaud, Var. Conject. jur. civ. lib. II. c. 10. Leovardiae 1744. 4. p. 287—296.

Mehrere Stellen des römischen Rechts sagen in ganz allgemeinen Ausdrücken, daß diejenigen, welche einen Honor

(4) Vat. Fr. §. 188. 200. Paull. II. 27. §. 2. §. 18. J. h. t. und Theophilus ad h. l. L. 17. pr. h. t.

(5) L. 20. C. h. t.

(6) L. 16. h. t.

(7) Thl. I. S. 116.

oder eine Potestas bekleiden, sich, wenigstens von deferirten Vormundschaften, excusiren können.

L. 17. §. 5. h. t. Callistr. lib. 4. de cogn. Sane notum est, quod gerentibus honorem vacationem tutelae concedi placuit.

§. 3. J. h. t. Et qui potestatem aliquam habent, se excusare possunt, ut Divus Marcus rescripsit: sed susceptam tutelam deserere non possunt.

L. 22. §. 1. h. t. Hi vero, quibus princeps curam alicujus rei injunxit, excusantur a tutela donec curam gerant.

Nun sind zwar im Allgemeinen die staatsrechtlichen Unterschiede zwischen magistratus, potestas, curatio, officium, munus und ministerium publicum aus den Repetundargesetzen bekannt genug (1). Dennoch ist die Bedeutung der in dem Rescript von Marcus und den angeführten Stellen gebrauchten allgemeinen Ausdrücke sehr bestritten. Montanus (2) versteht die dort erwähnte Potestas ganz allgemein von jedem honor, höhren und niedern Magistraturen, Anton Faber (3) und unter den Neuern Zimmern (4) bezieht sie blos auf magistratus majores, Otto (5) blos auf Provinzialmagistrate, endlich Giphanius, P. de Toullieu, d'Arnaud und Glück blos auf magistratus minores (6).

(1) L. 1. pr. de lege Jul. rep.

(2) Montanus c. XXXV. 1. n. 100 seqq.

(3) A. Faber Jurispr. Pap. Scient. XXIV. 1. 3. p. 1119.

(4) Zimmern Gesch. des R. P. R. 1. 2. S. 906. §. 241.

(5) Otto de aedil. colon. c. XIV. §. 3.

(6) Giphan. Comm. in Instit.

Unter diesen verschiedenen Meinungen dürfte die des Montanus noch immer als die richtigere zu betrachten sein, wie sich aus folgender Uebersicht der einzelnen Fälle ergiebt:

I. Magistratus Romani. Bei den majores unter ihnen wollen die Anhänger der letzten Meinung die Nothwendigkeit der Excusation deshalb in Zweifel ziehen, weil hier die datio tutoris schon ipso jure nichtig gewesen sei, folglich für eine Excusation aller Raum fehlen würde. Nun sagen zwar mehrere Fragmente ausdrücklich, daß diejenigen, welche zu Rom einen Magistratus bekleiden, während dessen Dauer nicht zu Tutoren bestellt werden können (7). Allein dies bezieht sich lediglich auf obrigkeitliche Datio (8), während im Testament und durch Gesetz selbst der Consul und Prätor vollkommen gültig zum Tutor ernannt werden kann (9). Freilich kann er während seines Magistratsjahrs nach einer epistola Hadriani für seinen Pflegling nicht klagen und belangt werden (10), allein dies hindert ihn nicht, dessen Vermögen

zu

ad §. 3. h. t. P. de Toullieu l. c. p. 255—265. d'Arnaud l. c. p. 287—296. Glück Pand. XXXI. S. 275.

(7) Vat. Fr. §. 146. Item qui Romae magistratu funguntur, quamdiu hoc funguntur, dari tutores non possunt. vgl. Thl. I. S. 374. Note 115.

(8) Thl. I. S. 373. 374.

(9) L. 20. §. 1. de test. tut. Th. I. S. 278.

(10) L. 48. de jud. *Τοὺς ἄρχοντας, ἐν ᾧ ἄρχουσιν ἐνιαυτῷ, μήτε εἰσιέναι δίκην ἰδίαν, μήτε διωκόντων, μήτε φευγόντων· μήτε περὶ ὧν ἐπίτροποι ἢ κουράτορες εἶεν κρινέτωσαν. Ἐπειδὰν δὲ ἐξήκῃ ἡ ἀρχὴ, καὶ αὐτοῖς πρὸς τοὺς φεύγοντας, καὶ φεύγουσι πρὸς αὐτοὺς εἰσαγωγίμους εἶναι τὰς δίκας.* cf. Zach. Huber Diss. jurid. et pbilol. P. II. p. 216—251. Franeq. 1706. 4. A. Schulting D. de recusatione judicis c. VI. §. 10. Comm. acad. Vol. 1. Diss. II. ed. Halae 1770. 8.

zu administriren und befreit ihn auch nicht von dem periculum cessationis. Er bedarf also in der That in solchen Fällen einer Excusation und daß ihm diese verweigert sein sollte, läßt sich bei den allgemeinen Ausdrücken der angeführten Stellen und da sie selbst den magistratus minores zusteht, gar nicht denken. Vielleicht war es aber überdies in einer lückenhaften Stelle der Vaticanischen Fragmente ausdrücklich gesagt, welche hiernach etwa so zu restituiren seyn dürfte:

Vat. Fr. §. 174. Item. Haec de sacerdotibus testamento tutoribus datis dixisse sufficiat. Similem autem excusationem consul et praetor habebit, qui magistratus sui tempore testamento tutor datus est. Nam et eo anno, quo quis consul, vel praetor, vel alias in mâgistratu potestateve est, testamento eum utiliter dari posse constat.

Was hingegen die magistratus minores anlangt, so können diese allerdings auch vom Prätor gültig zu Tutoren ernannt werden, allein eine Excusation haben sie eben so gut wie die höheren.

Dieses gilt zunächst nach einer Stelle des Callistratus von den Aedilen.

L. 17. §. 4. h. t. Is qui Aedilitate fungitur, potest tutor dari: nam Aedilitas inter eos magistratus habetur, qui a privatis muneribus excusati sunt, secundum Divi Marci rescriptum.

Gewöhnlich wird diese Stelle so erklärt, als ob die Aedilität keine Excusation von der Vormundschaft gäbe, da diese ein publicum munus ist. Allein theils ist die Vormundschaft

in gewisser Hinsicht ein privatum munus (11), theils giebt das angezogene Rescript von Marcus eben von der Tutel eine Excusation (12). Callistratus will also vielmehr sagen: die Datio der Aedilen, selbst von einem Magistrat, und selbst während ihrer Amtsführung, ist unbedenklich gültig (13). Der Beweis dieser Gültigkeit liegt unter andern darin, daß Aedilen sich von muneribus excusiren können, welcher Umstand ja eben die Gültigkeit der Bestellung voraussetzt. — Daß übrigens unter den Aedilen hier blos aediles municipiorum oder coloniarum gemeint sein sollten (14), läßt sich nicht erweisen.

Dasselbe gilt von dem Praefectus annonae und vigilum, obgleich diese keine eigentlichen Magistratus, sondern mehr officia bekleiden (15).

Ebenso von jeder curatio, welche vom Kaiser übertragen wird (16). Ein Beispiel liefern die curatores viarum (17).

(11) Thl. I. S. 5. 6.

(12) §. 3. J. h. t. Zwar scheint jene Erklärung durch die Basil. XXXVIII. 1. 17. begünstigt zu werden, indem es dort heißt: *Οἱ ἀγορανόμοι ἰδιωτικῶν λειτουργιῶν, οὐ μὴν ἐπιτροπῆς ἀπολύονται.* Allein da die Scholien zu dieser Stelle eine ganz entgegengesetzte Erklärung geben, so muß hier wohl entweder mit d'Arnaud p. 295 sqq. *οὐ μὴν* in *οὐ μόνον* emendirt, oder aber ein Mißverständniß des Uebersetzers angenommen werden.

(13) Vgl. auch Gellius N. A. XIII. 13. L. 32. de injur.

(14) So Wieling lect. jur. civ. lib. II. c. 16. Glück Pand. XXXI. S. 287.

(15) L. 41. §. 1. h. t.

(16) L. 22. § 1. h. t. Hi vero, quibus Princeps curam alicujus rei injunxit, excusantur a tutela, donec curam gerant.

(17) Vat. Fr. §. 136. Item: Eum qui viae curam habet, ab imperatore injunctam, excusari. Ueber diese Curatoren s. L. 2 §. 30.

II. Magistratus municipiorum, coloniarum u. s. w.

Magistratus in den Municipien können nicht blos, wie die Römischen, durch Testament oder von höhern Magistraten, sondern auch von ihren Collegen, ja selbst vom Ordo gültig zu Vormündern bestellt werden (18). Allein während ihres Amtes können sie sich von der Tutel excusiren (19). Denn es ist allgemeine Regel der Municipalverfassung, daß zwar wohl einem mit einem munus Belasteten ein honor, nicht aber umgekehrt einem honoratus ein munus aufgelegt werden kann (20).

Unter den magistratus sind zwar wohl im Zweifel die Duumvirn zu verstehen, allein der allgemeine Ausdruck des Callistratus (21) beweist, daß auch den übrigen honoratis dasselbe Recht zusteht, und selbst die Defensoren haben eine vacatio von den öffentlichen Lasten, also auch wohl von der Tutel (22).

III. Magistratus provinciales. Auch die Provinzialmagistrate, oder Potestates im engern Sinne des Worts (23)

de O. J. Dio Cass. LIV. 26. Tab. Heracl. lin. 50—51. Capitolin. in Marco c. 11. Dirksen Civ. Abh. 2. 2. S. 267 ff. Otto tutela viarum P. II. c. 5. p. 371 seqq.

(18) Thl. I. S. 374.

(19) L. 6. §. 16. h. t. Ἀφιένται ἐπιτροπῆς καὶ κουρατορίας στρατηγοὶ τῶν πόλεων. L. 17. §. 5. eod. Basil. XXXVIII. 1. 17. Sch. f.

(20) L. 10. de mun.

(21) L. 17. §. 5. h. t.

(22) L. 10. §. 4. de vacat. Defensores reipublicae ab honoribus et muneribus eodem tempore vacant. Nur war die defensio damals noch etwas Anders, als späterhin. v. Savigny Gesch. des R. R. 1. S. 64.

(23) Sueton. Claud. c. 23. L. 13. §. 1. de jurisd. L. 52. §. 12. de furt.

haben während ihrer Amtsführung eine Excusation von Tutelen und Curatelen. Dasselbe gilt von den spätern kaiserlichen Statthaltern und Procuratoren und ihrem Gefolge (24). Das Nähere darüber bei den in Staatsgeschäften Abwesenden.

Allgemeines Erforderniß bei allen diesen Aemtern ist aber, daß dieselben im Augenblick der Delation der Tutel wirklich verwaltet werden.

Ist also Jemand in diesem Augenblick nur noch Candidat zu einem solchem Amt, so excusirt dieses ihn noch nicht (25).

Eben so wenig befreit die bloße Dignitas ohne wirkliche Amtsfunktionen. Die gewesenen Consuln, Prätoren, Präfekten u. s. w. haben also keine Excusation, so wenig wie bloße Codicillardignitarien.

Aber auch eine wirkliche Magistratur, die erst **nach** Uebernahme der Tutel angetreten ist, giebt keine Excusation. Nicht einmal für die Dauer der Magistratur ist der Magistrat die bereits früher deferirte Tutel niederzulegen berechtigt (26). Einen hierher gehörenden interessanten Rechtsfall hat uns Ulpian aufbewahrt: Ein curator minorum, Namens Salvianus, wurde unter Sever und Caracalla zur urbica procuratio befördert, nachdem er die Cura bereits administrirt hatte. In Abwesenheit seiner Minorennen excusirt er sich bei dem Prätor tutelaris von der Cura und dringt durch. Die

(24) §. 3. J. h. t. L. 12. §. 1. de vacat.

(25) L. 23. pr. h. t. Propter Magistratum, quem in municipio quis erat *administraturus*, tutelae administrationem non habere respondi. Basil. XXXVIII. 1.§23. *Ὁ μέλλων γένεσθαι ϛρατηγὸς οὐκ ἔχει παραίτησιν ἐπιτροπῆς.* Cujac. ad L. 2. h. t. in fin.

(26) L. 17. §. 5. h. t. Basil. XXXVIII. 1. 17. Schol. 7. §.3. J.h.t

Minorennen fechten diese Excusation späterhin als rechtswidrig an und suchen bei dem Prätor Aetrius Severus Restitution. Auf den Bericht desselben verwarfen nun die Kaiser zwar die prätorische Restitution, weil das Erforderniß eines gestum cum minore fehlte, allein, da die Imploranten in den Materialien offenbar Recht hatten, so ertheilten sie selbst Restitution auf dem Weg der Gnade (27).

Nach deutschen Gesetzen befreien die Aemter der Schultheißen, Bürgermeister, Syndici und Schöffen in den Städten gewöhnlich ebenfalls von der Vormundschaft (28).

b. Senatorwürde.

§. 83.

Auch mit der Senatorwürde sind mehrfache Excusationen verbunden.

I. Jeder Reichssenator (senator populi Romani, συγκλητικὸς,) hat eine Excusation in Rücksicht der Sachen, welche über 200, oder nach den Pandecten über 100 Meilen von Rom, später von Constantinopel, entfernt liegen (§. 80.).

II. Jeder Reichssenator kann die Vormundschaft über Ungenossen, nicht aber die über Genossen und deren Kinder ablehnen und niederlegen. Selbst dann, wenn der Vater dieser letztern Kinder ein Senator geringern Ranges wäre als der Vormund, z. B. wenn der Vormund ein Consularis,

(27) L. 11. §. 2. de min. N. 3. Würtemb. L. O. 32, 6.
(28) Preuß. Landr. II. 18. §. 208. v. Leonhardi a. a. O. S. 84.

Praetorius, Praefectorius, der Vater hingegen kein Dignitarius war, hat er keine Excusation, denn eine bloße Dignität kann, bei übrigens völliger Gleichheit des Standes, an und für sich keine Excusation begründen. Diese letztere Bestimmung gründet sich zum Theil auf ein Rescript von Marcus und Commodus (1).

Daß hier übrigens nicht bloß Senatoren-Kinder, sondern Senatoren selbst als Minderjährige vorkommen, darf eben nicht befremden, da in späterer Zeit minderjährige Senatoren öfter erwähnt werden (2). Vielleicht hat aber auch Modestin das Wort συγκλητικὸς in einem allgemeinern Sinn für Personen senatorischer Abkunft genommen. Dieses Letztere ist die Meinung des Augustinus, die Kriegel, um seinen Interpres zu retten, nicht ganz unpartheiisch beurtheilt (3).

III. Nach Constitutionen, wahrscheinlich ebenfalls von Marcus (4), und nach einem Senatusconsult (5), dessen Zeit wir nicht weiter kennen, haben auch Freigelassene von Senatoren, wenn sie Geschäftsführer ihrer Patrone sind, das besondere Privilegium, sich von der Vormundschaft entschuldigen zu können (6), während sonst Freigelassene aus

(1) L. 15. §. 2—4. h. t. Basil. XXXVIII, 1, 15. (Tom. V. p. 9.) cf. Gutherius de off. dom. Aug. lib. I. c. 4. p. 19.

(2) Lipsii Excurs. ad Tac. Ann. III. 29. Kriegel l. c. n. 481.

(3) Kriegel l. c. n. 481. p. 79. Ferandus Adduensis Expl. lib. 1. in Ev. Otton. Thes. T. II. p. 537 seqq.

(4) Capitolin. in Marc. c. 11. leges — addidit — de tutelis libertorum.

(5) L. 17. §. 1. ad mun. Pap. lib. I. resp. Liberti vero Senatorum, qui negotia patronorum gerunt, a tutela decreto patrum excusantur.

(6) Vat. Fr. §. 131. L. 17. §. 1. cit.

Rücksichten auf die ihrem Patron schuldigen operae oder ministeria nicht excusirt zu werden pflegen (7). Doch hat man dieses Privilegium streng interpretirt und dabei folgende Bedingungen vorausgesetzt:

1. Der Geschäftsführer muß seinem Stande nach libertinus sein; durch das jus aureorum annulorum, durch welches er in den Stand der ingenui übergeht, verliert er also das Privilegium (8).

2. Er muß Libertus eines Senators des Römischen Volks sein; die liberti der Senatorenfrauen haben dieses Recht nicht (9).

3. Er muß die Geschäfte eines Senators, als Procurator omnium bonorum desselben besorgen; die Verwaltung der Tutel der Kinder des Senators liberirt ihn nicht von andern Tutelen (10).

4. In jedem Hause eines Senators hat nur ein Libertus das Privilegium, wenn etwa mehrere zu Procuratoren ernannt sein sollten (11), denn die Constitutionen scheinen im Singular geredet zu haben.

5. Auch entschuldigt dieses Verhältniß den Libertus blos von der Tutel und Cura, nicht von den übrigen Bürgerpflichten, denn wer Bürgerrechte hat, muß auch Bürgerpflichten tragen (12).

IV. Ungleich schlechter als die Reichssenatoren waren

(7) L. 17. pr. ad mun.
(8) L. 44. §. 3. h. t.
(9) L. 15. §. 8. h. t.
(10) L. 43. h. t.
(11) Vat. Fr. §. 132. 133. L 13. C. h. t.
(12) Vat. Fr. §. 131. L. 13. C. h. t.

die Curialen oder Decurionen (*βουλευταί*) in Rücksicht der Excusationen gestellt.

Sie haben nämlich nicht nur keine Excusation von der Tutel über Kinder von Ungenossen (13), wenn man nicht etwa die Kinder von Senatores illustres, d. h. Reichssenatoren ersten Ranges (14) ausnehmen will, welchen sie nach einer Constitution von Valentinian, Theodosius und Arcadius (393) gar nicht zu Vormündern gegeben werden sollen (15), sondern auch die übrigen Excusationen der Reichssenatoren stehen ihnen nicht zu, indem sie eben so sehr gedrückt, als jene bevorzugt waren.

Nur diejenigen Decurionen, welche zum Collegium der sex primi gehören, machen eine Ausnahme, indem sie wenigstens dann, wenn sie bereits eine Tutel verwalten, sich von der Uebernahme der zweiten excusiren können (16). Der Grund

(13) L. 22. de tut. dat. *Καὶ οἱ μὴ βουλευταὶ βουλευτῶν παισὶ χειροτονοῦνται ἐπίτροποι, ὥσπερ καὶ βουλευταὶ τοῖς μὴ ἐκ βουλευτῶν.* Der alte Interpres übersetzt consiliarii; in einer Handschrift fand Kriegel noch die Interlinear-glosse senatores, aus welcher in der ed. Venet. 1477. ex officina mag. Jacobi Gallici ex Rubeorum familia überall Consiliarii vel senatores geworden sei. Kriegel sucht nun zwar darzuthun, daß Consiliarii soviel wie Decuriones bedeute, aber die beigebrachten Beweise beziehen sich nur auf das Concilium oder Consilium decurionum überhaupt, nicht die einzelnen Mitglieder. Kriegel p. 25. n. 66.

(14) Guther. de off. dom. Aug. l. 4. p. 19.

(15) L. 2. C. de tut. ill. Generali lege prospectum est, ne qui ad illustrium Senatorum tutelam curialibus occupati necessitatibus vocentur.

(16) Vat. Fr. §. 124. Hi quoque, qui sunt ex collegio sex primorum, habent a tutelis excusationum; sed non simpliciter, sed post unam. Nam non alias a ceteris vacant, nisi unam habeant.

ist, weil der Sexprimat oder die Decaprotie selbst ein sehr lästiges munus mixtum ist (17). Daß übrigens diese VI. VII. X. XX. primi ein besondres Collegium bildeten, ist zwar ein von der bisherigen Annahme (18) völlig abweichender Satz; eben deswegen ist es aber auch um so bedenklicher, mit v. Buchholtz (19) sex primorum in sex virorum zu emendiren und dieses auf die socii Augustales zu beziehen, da wenigstens die Möglichkeit eines Collegii der sex primi mit besondern Functionen nicht abzuläugnen ist (20).

c. Abwesenheit in öffentlichen Angelegenheiten.

§. 84.

Quelle:

C. V. 64. Si tutor vel curator reipublicae causa aberit.

Auch Abwesenheit in Staatsgeschäften gewährt eine mehrfache Befreiung von öffentlichen Lasten und Vormundschaften.

Der allgemeine Begriff der absentia reipublicae causa ist aus der Lehre von der Restitution der Majorennen bekannt (1). Indeß ist dieser Begriff auf die Lehre von der

(17) L. 18. §. 26. de mun. L. 10. C. h. t.

(18) v. Savigny Gesch. des R. R. 1. S. 70. 71.

(19) de Buchholtz ad Vat. Fr. §. 124.

(20) L. 18. §. 26. de mun. Roth. de re municip. Rom. Stuttgard. 1801. p. 71. n. 49.

(1) L. 26. §. 9. 27. 28. pr. 35. §. 8. 36. 42. Ex quib. caus. maj.

Excusation nicht unbedingt anwendbar, indem hier nicht jede entschuldbare Abwesenheit, sondern blos Abwesenheit in Angelegenheiten des Römischen Staats in Betracht kommt (2). Daher können nur Provinzialmagistrate, kaiserliche Civil- und Militairbeamten in den Provinzen (3), Gesandte des Römischen Staats und die gesetzlich zum Gefolge dieser Personen gehörigen und gehörig beurlaubten Leute (4) als abwesend betrachtet werden, nicht aber diejenigen, welche blos in Angelegenheiten einer Stadt (5), oder gar nur in ihren Privatgeschäften verreist sind, wenn sie sich auch eine legatio libera hätten ertheilen lassen (6) und noch viel weniger ihre hinterlassenen Geschäftsführer (7).

Die Excusationsprivilegien der Abwesenden sind folgende:

I. Das Recht einer vollständigen Deposition der bereits vor der Abwesenheit geführten Vormundschaft steht denjenigen zu, welche in Staatsgeschäften über See verreisen wollen oder für immer verbannt werden. Indeß geht die bisherige Tutel doch auch hier nicht mit der Abreise verloren, sondern allererst durch Anstellung eines Tutors an Statt des Abwesenden (8).

(2) L. 10. pr. h. t. Cujac. Comm. ad h. t.

(3) z. B. legati legionis und deren Stellvertreter, die praefecti legionis. Vat. Fr. §. 222. Tacit. Ann. I. 44. II. 36. XV. 28. Histor. I. 79. 82. Veget. de re mil. II. 9. L. 47. §. 4. de adm. tut. Militairärzte L. 1. C. de prof.

(4) L. 32. Ex quib. caus. Dazu Brisson. Sel. antiq. IV. 4. Guther. de off. dom. Aug. III. 9. p. 485. 35. p. 717.

(5) Wegen L. 21. §. 4. Qui dare. s. Thl. I. S. 375. Note 23. vgl. L. 8. §. 1. de legation.

(6) L. 14. de legation. Brisson. de V. S. v. liber.

(7) L. 5. C. de excus. mun.

(8) L. 11. §. 2. de min. L. 29. pr. h. t.

II. Jeder Andere, der zwar in Staatsgeschäften, aber nicht über See verreist, oder der blos auf eine Zeit lang verwiesen wird, hat dagegen nur das Recht, eine bereits vorher verwaltete Tutel oder Cura für die Dauer seiner Abwesenheit niederzulegen (9).

Es wird daher sogleich an die Stelle des Abwesenden ein anderer Vormund zu Verwaltung aller Angelegenheiten bestellt, welcher bald ein Curator oder Actor, bald ein Tutor ist. Im erstern Fall dauert die Tutel des ordentlichen Tutors fort, im letztern geht sie durch Anstellung des interimistischen unter, so daß gegen den Abwesenden das tutelae judicium angestellt werden kann.

Kommt nun der Abwesende nicht wieder, so dauert der interimistische Tutor bis zur Pubertät fort. Denn man darf allerdings die Bestellung in locum absentis nicht so nehmen, daß der Tutor blos die Tutel des Abwesenden erhalte, sondern er soll dem Pupillen so lange gegeben werden, als dieser seinen ordentlichen Vormund nicht wieder hat und noch eines Vormundes bedarf.

Kommt der Abwesende zurück, so hört die Tutel des interimistischen Tutors auf und es kann gegen diesen tutelae geklagt werden (10). Der rückkehrende Tutor aber muß ungesäumt die vorige Tutel und deren Periculum wieder über-

(9) Vat. Fr. §. 135. §. 2. J. h. t. L. 28. §. 2. h. t. L. 32. §. 7. de adm.

(10) Vgl. überhaupt Thl. I. S. 399—402. N. II.

nehmen, ohne auf eine anni vacatio Anspruch zu haben, indem diese sich nur auf neue Tutelen bezieht (11).

Der ganze Vortheil dieser Excusation besteht demnach in einer Befreiung von der Gefahr während der Zeit der Abwesenheit. Hätte sich der Vormund nicht excusirt, so müßte er auch diese tragen; nur würde ihm das beneficium excussionis des gerens zustehen. Nun aber kann er wegen des während seiner Abwesenheit Geschehenen oder Versäumten überall nicht in Anspruch genommen werden (12).

Vom Augenblick der Rückkehr an, trifft ihn das periculum von Neuem ipso jure, ohne daß es einer Compulsion zur Wiederübernahme der Verwaltung von Seiten des interimistischen Vormundes bedürfte, welche daher diesem nur als eine Vorsicht empfohlen werden muß (13).

III. Wenn dem Abwesenden während seiner Entfernung eine Vormundschaft deferirt wird, so wird er von der Uebernahme derselben excusirt. Die Excusation richtet sich aber nach der Dauer der Abwesenheit, so daß sie, wenn die letztere vorübergehend ist, ebenfalls nur eine Zeit lang wirkt (14).

IV. Wenn der in Staatsgeschäften Abwesende zurückkehrt, so hat er eine annalis vacatio von allen neuen Tute-

(11) §. 2. J. h. t. L. 10. §. 2. h. t. L. 1. C. in quib. casibus tut. hab.

(12) L. 1. C. h. t. Quod quidem si tu fecisti, ejus intervalli, quo abfuisti, periculum non debes pertimescere. Quodsi id praetermisisti, ut priore loco is conveniatur, qui administravit, de jure postulabis. L. 20. §. 1. h. t. L. 21. §. 3. de tut. dat.

(13) L. 1. C. in quib. cas. tut. hab. Sächs. V. O. 9, 1. N. I.

(14) §. 2. J. h. t. Vat. Fr. §. 222. L. 21. §. 3. de tut. dat.

len. Ursprünglich scheint dies nur von Soldaten gegolten zu haben, später ist es aber auf alle in Staatsangelegenheiten Abwesende angewendet worden (15). Gesandte haben zwar, nach einer Constitution Sever's und Caracalla's an den Germanus, eine biennii vacatio, doch wird nicht gesagt, daß sich dieselbe auf die Tutel beziehe(16). Zwei Puncte bedürfen nun bei dieser anni vacatio noch einer nähern Bestimmung: der Begriff der neuen Tutelen und die Computation des Jahres. Der erste kann nur in Rücksicht solcher Tutelen zweifelhaft sein, deren Verwaltung bereits vor der Abwesenheit einmal vom Tutor geführt, aber dann durch diese unterbrochen ist. Ein hierher gehöriges Beispiel führt Tryphonin (17) in seinen Disputationen an. Wenn Jemand in seinem Testament

(15) L. 10. pr. §. 1. 2. h. t. §. 2. J. h. t. L. 2. C. h. t. Certum est, eos, qui reipublicae causa abesse desierunt, ab omni nova tutela anno vacare debere.

(16) L. 8. §. 1. de legation.

(17) Tryphoninus L. 45. §. 1. de excus. cf. Basil. XXXVIII. 1. 44. Tom. V. p. 16. „Sed si ita scriptum in testamento fuit: Titius tutor esto: quum reipublicae causa abierit, tutor ne esto: cum redierit, tutor esto: quid de excusatione aut ob absentiam Reipublicae causa, aut aliam, quae post obvenerit, dici oporteat, videamus. Praecedit autem et alia quaestio: testamento ex die vel sub conditione tutores dati, an se excusare ante diem conditionemve necesse habeant? et imprimis, an jam dies L eis cedant, intra quos necesse est, causas excusationis exercere? Sed verum est, non ante esse tutorem, quam dies venerit: nam nec antequam adita sit hereditas. Quia igitur ex eodem testamento jam gesta fuit tutela, et qui excusatus est alias, abfuturus reipublicae causa, reversus continuo haeret tutelis ante susceptis, etiam intra annum. Sed hic ex ipso testamento desierat esse tutor, et ideo ex secunda tutela excusare se potest.

so disponirt: Titius tutor esto: quum reipublicae causa abierit, tutor ne esto: cum redierit, tutor esto, so sind hier dem Titius zwei verschiedene Tutelen übertragen. Die erste ist in Rücksicht des Anfangs eine pura, aber sie hat einen Endtermin, mit welchem sie gänzlich erlischt. Die zweite hat einen Anfangstermin, nämlich den dies der Rückkehr; erst mit diesem, nicht mit dem Tage der angetretenen Erbschaft beginnt sie. Beide Tutelen sind von einander dergestalt unabhängig, daß die letztere durchaus als eine zweite und neue, keineswegs als eine Fortsetzung der erstern erscheint. Dieses Sachverhältniß ist nun auch für die Excusationen folgenreich. Sowohl das jus liberorum, als auch die Abwesenheit selbst geben nur Excusationen oder einen annus vacationis für neue Tutelen, entschuldigen aber in der Regel nicht von den tutelis susceptis. Wenden wir diese Grundsätze auf den vorliegenden Fall an, so müssen wir sagen, daß, wenn Titius zwischen der ersten und zweiten Tutel eine Excusation erwirbt, er sich derselben offenbar bedienen kann, ja, daß er sich mit der Abwesenheit selbst von der Uebernahme der zweiten Tutel entschuldigen kann, weil diese nicht als Fortsetzung der ersten, sondern als eine davon völlig verschiedene zweite erscheint. Alles dieses würde sich gerade umgekehrt verhalten, wenn der Erblasser so disponirt hätte: Titius filius meis, quoad reipublicae causa non abierit, tutor esto. Denn hier will er ihm offenbar nicht mehrere Tutelen, die eine ad diem, die andere ex die, sondern nur eine einzige übertragen, die nur während der Abwesenheit in Staatsgeschäften suspendirt sein

soll (18). Gesetzt also, dieser Tutor übernimmt die Tutel, ist aber dann eine Zeitlang abwesend, so kann er sich weder mit einer andern unterdeß erworbenen Excusation, noch auch mit unserm annus vacationis entschuldigen, weil alle diese Excusationen sich nur auf neue Tutelen beziehen, die nach der Rückkehr übernommene Tutel aber eine bloße Fortsetzung der alten ist (19).

Was den zweiten noch näher zu bestimmenden Punct, die Berechnung der Zeit anbetrifft, so fängt das Jahr von dem Augenblick zu laufen an, da der Abwesende zurückgekommen ist, oder zurückgekehrt sein könnte, wenn er sich nicht unnützerweise oder zu seinen Privatzwecken unterwegs aufgehalten hätte. Er wird daher nicht gleich mit dem Augenblick der Beendigung seines Auftrags als gegenwärtig angesehen, auch soll er sich nicht auf der Rückreise übereilen, aber wenn die Zeit abgelaufen ist, in welcher er mit Gemächlichkeit die Rückreise vollenden konnte, so gilt er als gegenwärtig. Zu diesem Ende werden nach Analogie der lex Julia vicesima.

(18) Ulp. L. 5. §. 9. de susp. tut. „quasi una tutela sit, habens intervalla."

(19) L. 45. pr. de excusat. Tryph. lib. 13. disp. „Titius filiis meis, quoad reip. causa non abierit, tutor esto": gessit tutelam ex testamento delatam, deinde reip. causa abesse coepit et desiit. An, quasi nova tutela nunc delata, excusari debeat etiam ob absentiam reipublicae causa? an quia praecisset testamentum absentiam ob publicam causam et est ab eo jam administrata tutela, non oporteat eum excusari? Quid si liberos interea susceperit, aut aliam excusationem paraverit? Et magis est ut haec una tutela sit: ideo nec excusationem ei competere nec agi tutelae ob prius tempus posse.

ria, vielleicht auch der lex Julia et Papia Poppaea, ihm täglich 20 Römische Meilen gut gethan (20). Krankheit und unverschuldete Hindernisse können indeß einen noch längern Aufschub rechtfertigen (21), so wie freilich auf der andern Seite mit einer frühern Rückkehr vor dem Ablauf der zugemessenen Zeit der annus vacationis sofort anhebt. In Rücksicht der einzurechnenden Tage ist übrigens dieses Jahr entschieden ein tempus continuum (22).

Uebrigens ist die Excusation wegen Abwesenheit, wenigstens in den beiden zuletzt genannten Anwendungen, auch in das Preußische Landrecht übergegangen (23).

d. Consiliarii Principis.

§. 85.

In frühern Zeiten hatten die Mitglieder des consilium, consistorium oder auditorium principis eben so wenig eine Entschuldigung von Tutelen, wie die Assessoren aller übrigen Gerichtshöfe, da ihr Amt keine Magistratur war und eine bloße Dignitas keinen Einfluß auf die Excusation haben sollte. Dies änderte sich aber bereits unter Sever und Caracalla, indem diese Kaiser bei Gelegenheit der Aufnahme des Juristen Arrius Menander, (des Verfassers der vier Bücher de re militari), in den kaiserlichen geheimen Rath, den allgemeinen Grundsatz aufgestellt haben, daß Juristen, wenn sie in's Con-

(20) L. 38. §. 1. Ex quib. caus. maj.

(21) L. 4. de vacat.

(22) L. 10. §. 3. h. t.

(23) Preuß. Landr. §. 208. N. 6. Code civ. a. 427. N. 5. 428. Sächs. B. O. C. 9. §. 1. N. 1.

Consistorium principis eintreten, nicht nur eine Excusation gegen künftige Tutelen erwerben, sondern auch eine schon früher verwaltete Tutel niederlegen können und zwar auf immer und ohne Rücksicht auf den Ort der Tutel, weil der ihnen gewordene kaiserliche Auftrag sie ganz in Anspruch nimmt und zugleich in Rücksicht der Zeit und des Orts keine bestimmte Schranken hat (1). Gratian, Valentinian und Theodos haben diese Privilegien wenigstens für diejenigen Mitglieder des kaiserlichen Raths bestätigt, welche den Rang der Comites sacri consistorii erreicht haben (2).

Die neuern Gesetzgebungen geben den wirklichen landesherrlichen Räthen und höhern Beamten wenigstens eine Excusation von deferirten Vormundschaften (3). Auch müssen sie, wie alle Civilbeamten, die Einwilligung ihrer Vorgesetzten nachsuchen, sobald eine Vermögensadministration mit der Vormundschaft verbunden ist (4).

e. Silentiarii.

§. 86.

Silentiarii sacri palatii waren am Byzantinischen Hofe gewisse Hofbeamte unter der Gerichtsbarkeit des magister officiorum, welche für Erhaltung der Ordnung und Ruhe im kaiserlichen Palast zu sorgen hatten. Ordentlicherweise waren ihrer 30, welche in 3 Decurien zerfielen, deren jeder

(1) L. 11. §. 2. de min. L. 30. h. t.

(2) L. 11. C. de excus. mun.

(3) Preuß. Landr. §. 208. N. 2. Oesterr. Gesetzb. §. 193. Code civ. a. 427. Sächs. V. O. 9, 1. N. 2.

(4) Preuß. Landr. §. 161—163. v. Strombeck Ergänzungen §. 3878. a—c. Bair. Landr. I. 7. §. 3.

ein Decurio vorstand. Sie waren früher clarissimi, später spectabiles, nach vollendeter 13jähriger Dienstzeit sind sie illustres (1). Zu ihren Privilegien gehört unter andern auch die Befreiung von Vormundschaften, welche ihnen Anastas im J. 500 ertheilt hat (2), weil der kaiserliche Dienst sie ganz in Anspruch nehme.

f. Procuratores Caesaris, actores, exactores tributorum, arcarii Caesariani.

§. 87.

Auch die Verwaltung des kaiserlichen (nicht des städtischen (1)) Privatvermögens, giebt für die Zeit ihrer Dauer eine Excusation. Hierher gehört zunächst das Amt eines procurator Caesaris, rationalis, Caesarianus, catholicus oder catholicianus in seinen verschiedenen Anwendungen auf res fisci und res privatae principis (2). Diesen Grundsatz hat schon Marc Aurel in seinen Semestribus (d. h. in den Sammlungen seiner in den winterhalbjährigen Justizconsilien

(1) Nicephor. lib. XVI. c. 24. Procop. de bello Persico. 1. 20. Salvian. de vero Dei judicio IV. p. 96. Ambros. Oratio de morte Valentin. Pancirol. ad N. D. Or. c. 62.

(2) L. 5. C. de silent et decurionibus eorum i. e. L. 25. C. h. t. Ad hoc (L. 25. viros clarissimos sacri nostri palatii silentiarios circa latus nostrum militantes) de tutelis et curationibus (L. 5. eos) excusari sancimus: (L. 5. ne alienarum rerum administrationem subire compellantur, qui propter nostra ministeria nec suis curam seu provisionem diligenter deferre possunt.)

(1) L. 15. §. 7. h. t.

(2) Rudorff im Rhein. Mus. für Phil. II. S. 82.

erlassenen Decrete) ausgesprochen (3). Hermogenian wiederholt ihn mit dem Zusatze, daß eine Bestallung (codicilli) zu dieser Excusation nicht einmal erforderlich ist (4) und in der That steht dieselbe, nach einem Rescript Alexander Sever's, allen Steuereinnehmern (exactores tributorum) zu, welche doch gewöhnlich ohne besondere Anstellung waren (5), indem die exactio tributorum als einfaches munus patrimonii, nicht als ein Staatsamt, betrachtet wurde (6).

Nach einer Stelle der Vaticanischen Fragmente haben aber auch die arcarii Caesariani, welche ihre Banken auf dem forum Divi Trajani haben, vermöge wiederholter kaiserlicher Constitutionen, eine Immunität (7).

Bisher wußten wir nur, daß die Senatoren ihre arcae oder Geldbanken, welchen arcarii vorstanden, auf dem forum Trajani hatten und daß der Ort, wo diese arcae sich befanden, Opes genannt wurde (8). Die Verwalter derselben oder

(3) §. 1. J. h. t. Item Divus Marcus in Semestribus rescripsit, eum qui res fisci administrat, a tutela vel cura, quamdiu administrat, excusari posse.

(4) L. 41. pr. h. t. Administrantes rem Principum, ex indulgentia eorum, licet citra codicillos, a tutela itemque cura tempore administrationis delata, excusantur.

(5) L. 10. C. h. t. Exactores tributorum tanto tempore, quanto rationem tributariam tractaverint, non solum ab oneribus, sed etiam a tutelis vacationem habere, dubitare non debuisti.

(6) L. 23. §. 11. de mun.

(7) Vat. Fr. §. 134.

(8) Scholiast. ad. Juvenal. XIV. 261. Antea solebant arcas aeratas facere et ibi mittere pecuniam suam Senatores et sic in foro Martis ponere. Verum per noctem a furibus exspoliatae sunt arcae et coeperunt ex eo ad templum Castoris ponere. Idem ad Sat. X. 24. Usque ad Cerealem praefectum in foro Divi Trajani arcas habuerunt Senatores in qui-

die arcarii, gewöhnlich Freigelassene, konnten jedoch nur dann auf eine Excusation Anspruch machen, wenn sie auch die übrigen Angelegenheiten ihrer Patrone versahen (§. 83.) (9). Daß aber auch die Kaiser hier Cassen und Cassenvorsteher hatten, erfahren wir erst aus dieser Stelle, und diese mußten denn schon als kaiserliche Administratoren, auch wenn sie keine Bestallung haben, für die Dauer ihrer Verwaltung eine Immunität genießen (10). Im Justinianischen Recht konnte jedoch diese specielle Anwendung unsrer allgemeinen Regel nicht aufgeführt werden, weil sie sich auf das alte Rom bezog und mit den veränderten Verhältnissen weggefallen war.

Unsere deutschen Gesetze geben den Verwaltern des Fiscus und des fürstlichen Privatvermögens, mitunter selbst der städtischen Cassen, nicht nur eine Excusation (11) sondern fordern überdies bei allen Verwaltern öffentlicher Gelder Einwilligung der vorgesetzten Behörde in die Vormundschaft, und Bestellung einer besondern hinlänglichen Caution für die letztere, welche nicht zugleich für die Casse haften muß (12).

bus argentum aut pecunias tutius deponebant. Propterea et locus ipse in quo erant arcae positae, Opes dictae sunt.

(9) Von dieser Excusation war Vat. Fr. §. 131—133, also unmittelbar vor §. 134. die Rede.

(10) L. 41. pr. h. t.

(11) Preuß. Landr. §. 208. N. 5. Würtemb. L. O. Tit. 32. §. 6. Sächs. V.-O. 9, 1. N. 3.

(12) Preuß. Landr. §. 158. 159.

g. Pächter und Colonen von Staatsgütern.

§. 88.

In dieser Hinsicht sind drei verschiedene Verhältnisse zu unterscheiden:

I. Pächter öffentlicher Gefälle (vectigalium conductores) sind, wenn sie das Geschäft in Person betreiben (1), von Vormundschaften excusirt, weil dem Fiscus daran liegt, daß sein Interesse durch die Ansprüche der Pupillen nicht geschmälert werden möge. Hieraus erhellt aber zugleich, daß diese von Marcus und Verus gegebene Excusation eine nothwendige ist, daß also Domänenpächter, selbst wenn sie sich anbieten, nicht zur Tutel gelassen werden (2). Pächter städtischer Gefälle haben diese Rechte nicht (3).

Umgekehrt hat Sever verboten und verpönt, daß ein Vormund, welcher bereits die Vormundschaft übernommen hat, öffentliche Gefälle pachte, von welchem Verbot weiter unten die Rede sein wird (4).

II. Pächter fiscalischer Grundstücke (praediorum fiscalium conductores) sind ebenfalls nur dann befugt, öffentliche Lasten also auch Tutelen zu übernehmen, wie gleichfalls Marcus und Verus verordnen, wenn der Fiscus dadurch nicht

(1) L. 8. §. 1. de vacat. Nicht die Afterpächter L. 2. C. Quib. mun. (10. 55.). Non alios — vacationem habere, quam qui *suo nomine mancipatum* vectigal a fisco conducunt.

(2) L. 5. §. 10. de jure immun. L. un. C. ne tutor vect.

(3) L. 15. §. 10. h. t.

(4) L. 49. locati C. V. 41. ne tutor vel curator vectigalia conducat.

beeinträchtigt wird, d. h. wenn sie reich genug sind. Die Entscheidung dieser Frage steht dem Präses mit Zuziehung des Procurator Cäsaris zu (5), je nachdem sie ausfällt, findet also eine nothwendige Excusation bald Statt (6), bald nicht (7).

III. Eigentliche Colonen kaiserlicher Privatgüter (coloni patrimoniales) dürfen überall nicht von dem Grundstücke, welches sie anbauen, getrennt werdrn, keine öffentliche und fremde Privatgeschäfte administriren (8) und deshalb, wie Honorius und Theodosius 409. verordnet haben, auch von den Magistratus nicht zu Vormündern bestellt werden (9).

Auch das Preußische Landrecht giebt den Domänenpächtern nicht nur eine Excusation, sondern läßt sie ohne Erlaubniß der Behörde, welcher sie wegen der Pacht unterworfen sind, und ohne eine freie Caution gar nicht einmal zur Vormundschaft zu (10).

(5) L. 38. §. 1. ad mun. Item rescripserunt. (Antoninus et Verus) colonos praediorum fisci muneribus fungi sine damno fisci oportere: idque excutere Praesidem adhibito Procuratore debere.

(6) L. 5. §. 11. de jure imm. Coloni quoque Caesaris a muneribus liberantur, ut idoneiores praediis fiscalibus habeantur.

(7) L. 8. C. de excus. (Imp. Alex.). Coloni i. e. conductores praediorum ad fiscum pertinentium hoc nomine excusationem a muneribus civilibus non habent: ideoque injunctae tutelae munere fungi debent.

(8) L. 1. 2. C. de agricolis et mancip. dominicis. (XI. 68.)

(9) L. 13. C. qui dare.

(10) Preuß. Landr. §. 208. N. 4. §. 158. 159.

h. Geistliche.

§. 89.

In Rücksicht der Excusation der Priester müssen zuvörderst die Grundsätze der alten und die der christlichen Religion unterschieden werden.

I. Das Heidenthum betrachtete die priesterlichen Würden niemals als wirkliche Magistraturen cum imperio et potestate (1) und eine allgemeine Immunität, wie sie die Magistratus genossen, finden wir daher schon deshalb bei den Priestern nicht (2). Vielmehr kennen wir bis jetzt nur einzelne Fälle von Excusationen, welche hierher gehören.

Zuerst nämlich soll der Priester, welcher dem Ausspruch (3) des Archigallus, des Oberpriesters der Cybele, gemäß, im Hafen für das Wohl des Kaisers das Opfer verrichtet (4), von Tutelen befreit sein (5), weil jedes sacerdotium, welches Jemand sine religione nicht verlassen darf, von allen öffentlichen Lasten excusirt, folglich auch eine schon übernommene Tutel niederzulegen berechtigt (6).

(1) Liv. IV. 54.

(2) Auch aus den Worten des Concil. Aurelian. IV. a.541. can. 13. (vgl. Note 31.) folgt keine allgemeine Excusation der Priester.

(3) Ex vaticinatione Archigalli cf. Gruter Inscr. p. 30. n. 2.

(4) Tertullian. apolog. c. 25. Tac. Ann. IV. 17. XVI. 22.

(5) Vat. Fr. §. 148. Item. Is qui in portu pro salute imperatoris sacrum facit ex vaticinatione archigalli, a tutelis excusatur. cf. de Buchholtz ad h. l.

(6) L. 13. pr. de vacat. . . . si qui sacerdotium nancti sint, ut discedere ab eo sine religione non possint: nam hi in perpetuum excusantur.

Sodann aber soll auch das höchste priesterliche Amt in einer Provinz (7), z. B. die Asiarchia (8), Bithyniarchia, Cappadocarchia, Phoeniciarchia, Lyciarchia, Arabarchia (9) von allen öffentlichen Lasten überhaupt (10) und so auch während der Amtsdauer von den Tutelen excusiren (11), von welcher Excusation der Grund theils in der hohen Wichtigkeit und Würde des Amts zu suchen ist, welches in der höchsten geistlichen Aufsicht über den gesammten Cultus der Provinz bestand, theils aber in dem Kostenaufwand und der Beschwerlichkeit desselben, indem damit die Verpflichtung verbunden war, auf eigene Kosten Spiele und Wettkämpfe zu veranstalten, welche den Römischen an Pracht oft wenig nachstanden, weßhalb man denn auch gegen Uebernahme dieses Amts sich excusiren konnte (12) und als sacerdotalis es nicht zum zweiten Male zu bekleiden brauchte (13). Als Quelle dieser Excusation wird unter andern ein Rescript von Pius genannt (14).

Diese heidnischen Priesterthümer haben noch eine geraume Zeit neben dem immer allgemeiner werdenden christlichen Cultus fortbestanden. Im Justinianischen Rechtsbuch kom-

(7) Vetran. Maurus de jure lib. c. 37. Jac. Gothofr. ad L. 1. C. Th. de praed. sen. ad L. 2. C. Th. de expens. lud. und Paratit. ad C. Th. XVI. 10.

(8) L. 8. pr. de vacat.

(9) L. 6. §. 14. de excus. L. 1. C. de nat. lib. Rudorff im Rhein. Mus. II. 68 ff.

(10) Symmachi ep. X. 54. Insigne ducitur sacerdotii, vacare muneribus. cf. IV. 61.

(11) L. 6. §. 14. h. t. cf. Jac. Gothofr. ad L. 1. C. Th. de praed. senatorum. Vat. Fr. §. 179.

(12) L. 8. pr. de vacat.

(13) L. 17. pr. de mun.

(14) Vat. Fr. §. 179.

men zwar noch vota pro salute Imperatoris vor, aber nicht mehr in heidnischer Form, so daß für die alte Excusation kein Raum blieb (15). Auch finden sich noch Asiarchen, Syriarchen u. s. w. und ihr Amt excusirte noch immer von der Tutel. Allein ihren priesterlichen Character hatten sie verloren, seitdem Honorius, im J. 408 alle Beziehungen auf den heidnischen Cultus bei den von ihnen zu veranstaltenden Spielen aufgehoben hatte (16); sie waren bloße Aufseher und Vorsteher jener öffentlichen Belustigungen, welche sie aus eigenen Mitteln bestreiten mußten (17), und standen unter allgemeiner Aufsicht der Rectoren ihrer Provinzen und des Comes Orientis (18).

II. Von den Excusationen der christlichen Geistlichen handeln folgende, theils kirchliche, theils weltliche Gesetze.

1) Schon Cyprianus epist. I. 9. ad clerum et plebem Furnitanorum (circa annum 249. in Africa) cf. can. 14. D. LXXXVIII. gedenkt einer forma nuper in concilio a sacerdotibus data, nach welcher ein Geistlicher nicht durch Bestellung zum Tutor dem Altardienst entzogen werden durfte und verordnet, daß dem Bischof Victor, der dieses Gesetz in Rücksicht des Presbyter Geminius Faustinus übertreten hatte, die kirchliche Todtenfeier zu versagen sei.

2) Concilium Chalcedonense a. 451. can. 3. Dieser Canon verbietet den Bischöfen und Clerikern überhaupt, sich

(15) L. 233. §. 1. de V. S.

(16) L. 19. C. Th. de pagan.

(17) Doch wurden sie zu ihrem Amte nicht gezwungen. L. 103. 109. 166. C. Th. de decurion.

(18) L. un. C. de off. Com. Or.

in die Verwaltung weltlicher Güter aus Habsucht einzumischen. Namentlich sollen sie keine Ländereien pachten und keine Procurationen übernehmen, ausgenommen, wenn sie 1) durch das Gesetz zur Tutel über unmündige Verwandte berufen sind, indem diese Tutel sogar eine inexcusabilis sei (19); 2) wenn sie vom Bischof der Stadt mit der Verwaltung kirchlicher Güter, oder der Sorge für Wittwen und Waisen, welche, ohne rechtlichen Beistand, des Schutzes der Kirche am meisten bedürfen, beauftragt werden. Den Uebertreter dieser Vorschriften sollen kirchliche Strafen treffen. — Diese Grundsätze sind sowohl im Orient, als im Occident, späterhin mehrfach bestätigt worden.

Denn im Orient hat nicht nur Justinian die Dogmata und Canones der Chalcedonensischen Synode im Allgemeinen bestätigt (20), sondern auch im Photius und Balsamon ist der unsrige aufgenommen (21).

Im Occident aber findet er sich in den Capitularien, nämlich den Capitulis Synodi Vernensis a. 755. c. 16. (22), bei Regino (23), Burchard von Worms (24) und Ivo von Chartres (25); und in Gratians Decret kommt er sogar drei

(19) Vgl. darüber oben S. 12. Note 5.

(20) Nov. 131. c. 1. Biener Gesch. der Nov. S. 159. 162.

(21) Photii Coll. can. Paris. 1561. fol. p. 178. und Balsaneon ad h. l. p. 179.

(22) Baluz. Capit. R. Franc. Tom. I. p. 174. Georgisch p. 519.

(23) Regino Prum. de discipl. eccl. lib. 1. c. 231.

(24) Burchard. Wormat. Decretor. lib. II. c. 145.

(25) Ivo Carnot. Decret. P. VI. c. 218.

mal vor (26). Indeß ist sowohl in den Capitularien, als in den vorgratianischen Compilationen blos das allgemeine Verbot aufgenommen, daß Geistliche, Bischöfe und Mönche sich nicht in weltliche Händel mischen sollen, die Angelegenheiten der Kirchen, und wie die Capitularien hinzusetzen, der Waisen und Wittwen nach vorgängiger Erlaubniß des Abts oder Bischofs allein ausgenommen. Erst in Gratian's Compilation ist an den beiden Hauptstellen die Ausnahme der tutela legitima inexcusabilis ausdrücklich wieder erwähnt (27).

3) L. 52. C. de ep. et cler. von Justinian 532. Durch diese Constitution giebt Justinian allen christlichen Geistlichen, Bischöfen, Presbytern, Diaconen und Subdiaconen, besonders aber den Mönchen, wenn sie auch keine Cleriker sind, eine excusatio voluntaria von allen Tutelen, nicht blos der testamentarischen und dativen, sondern auch der gesetzlichen, desgleichen von allen Curatelen, nicht blos über Pupillen und Minderjährige, sondern auch Wahnsinnige, Taube und Stumme, und alle andern nach altem Recht unter Tutel und Cura stehenden Personen. Doch kommt diese excusatio nur denjenigen Geistlichen und Mönchen zu, welche ihre Kirche oder Kloster nicht verlassen und den Gottesdienst darin fleißig versehen. Uebrigens ist dieses Gesetz für alle christlichen Länder überhaupt publicirt. Es findet sich daher in

(26) c. 26. D. LXXXVI. c. 1. C. XXI. Qu. 3. (Palea) c. 1. D. LXXXVIII. (aus Pseudoisidor, de primitiva ecclesia et munificentia Constantini, und mit der Inscription Melchiades Papa).

(27) c. 26. D. 86. c. 1. C. 21. qu. 3.

der collectio ecclesiasticarum constitutionum (28) und dem Nomocanon des Photius (28) wiederholt. Auch hat es Gratian in sein Decret aufgenommen, woselbst er es jedoch fälschlich dem Leo zuschreibt, wie die Correctores Romani richtig bemerkt haben (30).

4) Concilium Aurelianense IV. a. 541. can. 13. Die Grundsätze dieses Conciliums stimmen im Ganzen mit der letztgedachten Constitution überein. Nach demselben sollen nämlich die Rechte der heidnischen sacerdotes und ministri in Ansehung der Tutel auf die christlichen Bischöfe, Priester und Diaconen übertragen werden, d. h. sie sollen eine excusatio voluntaria ansprechen dürfen (31). Wer als Richter einen Geistlichen durch Nichtachtung seiner Excusation von seinem Kirchendienst abzuziehen sucht, soll vom Kirchenfrieden ausgeschlossen sein.

5) Nov. 123. c. 5. a. 546. (vgl. Biener Gesch. der Nov. S. 524.). Hier macht Justinian zwischen den verschiedenen Graden der Geistlichen einen Unterschied. Bischöfe und Mönche sollen durchaus nicht Tutoren werden, auch nicht durch Gesetz, und selbst über Verwandte nicht. Presbytern aber, Diaconen und Subdiaconen, soll es erlaubt

(28) Iustelli et Voëlli bibl. jur. can. T. II. p. 1263.

(29) Iustelli et Voëlli bibl. T. II. p. 943 sqq.

(30) c. 40. C. XVI. Qu. 1.

(31) Thomassini vetus et nova ecclesiae disciplina P. III. lib. 3. c. 18. §. 18. „Similiter et a tutelae administratione pontifices, presbyteros atque diaconos ideo excusatos esse decrevimus, quia, quod lex saeculi etiam paganis sacerdotibus et ministris ante praestiterat, justum est, ut erga christianos specialiter conservetur."

sein, eine Tutel oder Cura, zu welcher sie durch das Recht der Cognation (32) berufen werden, aber auch nur eine solche, zu übernehmen. Doch müssen sie alsdann binnen 4 Monaten von der Zeit ihrer Berufung an bei dem competenten Richter schriftlich erklären, daß sie diese Vormundschaft aus eigener Bewegung übernommen haben, damit der Richter nicht in den Verdacht komme, sie gezwungen zu haben. Eine solche freiwillige Uebernahme soll übrigens dem auf die Excusation verzichtenden Geistlichen in andern Fällen nicht präjudiciren.

Diese Verordnung Justinian's ist nicht nur in der morgenländischen, sondern auch in der abendländischen Kirche mehrfach anerkannt worden.

Was die erstere betrifft, so findet sich die Nov. 123. sowohl in der Collectio ecclesiasticarum constitutionum (33), deren unbekannten Verfasser Biener in die erste Hälfte des 7ten Jahrhunderts setzt, als auch in den Basiliken (34) und endlich im Nomocanon des Photius (35).

Auch Leo hat die Vorschriften unserer Novelle in Rücksicht der Mönche ausdrücklich bestätigt, und nur das verordnet, daß Mönche zu Testamentsexecutoren (Tutoren in diesem

(32) *τῷ δικαίῳ καὶ μόνῳ τῆς συγγένειας εἰς ἐπιτροπὴν ἢ κουρατορείαν καλουμένους.* Hombergk las *δικαίῳ καὶ νόμῳ* und übersetzt jure et lege. Aber jene Lesart hat schon den Julian für sich: munus administrationis in hoc casu tantum suscipere concedatur. Eben so Rittershus. Ius Iustin. P. VIII. c. 1. n 7. p. 449.

(33) Collect. const. eccl. lib. III. ex Novellis Tit. 1. de ep. et cler. in Iustelli et Voëlli Bibl. jur. can. vet. T. II. p. 1320.

(34) Basil. T. I. p. 121. (lib. 3. c. 8.)

(35) Photii Nomoc. t. VIII. c. 13. ap. Iustellum et Voëll. l. c. T. II. p. 943 sqq.

Sinne) gültig sollen bestellt werden können, weil dieses Geschäft, wegen seiner kürzern Dauer sie weniger von dem Kirchendienst abziehe wie die Tutel, und gerade eine große Gewissenhaftigkeit voraussetze, wie man sie eben von ihnen erwarten dürfe (36).

Soviel hingegen den Gebrauch der Nov. 123. im Occident anlangt, so haben wir darüber folgende Zeugnisse.

Eine Urkunde noch unter Justinian's Regierung selbst, das vor der Curie von Ravenna im Jahr 564 aufgenommene Protocoll über das instrumentum plenariae securitatis, erwähnt einen Subdiacon Gratianus, welcher „legitime constitutus tutor" eines Pupillen Stephanus, also wahrscheinlich dativer von der Curie gegebener Vormund desselben war (37). Bei der Bestellung desselben hat diese also weniger das Concilium Chalcedonense und Aurelianense, als vielmehr unsere Novelle vor Augen gehabt.

Ebenso findet sich die Novelle auch in den Additionen der Capitulariensammlungen (38); nur ist hier die excusatio necessaria der Bischöfe ebenfalls in eine voluntaria verwandelt, folglich die L. 52. C. de ep. et cler. der Nov. 123. vorgezogen worden, so daß in diesem Puncte die morgenländische Kirchendisciplin von der abendländischen abwich.

Es ist daher offenbar nicht zufällig, sondern ganz im Geiste der abendländischen Kirchendisciplin geschehen, daß Gratian nächst den ältern offenbar nur historischen Notizen

(36) Nov. Leon. LXVIII.

(37) Spangenberg tabb. neg. p. 143—145.

(38) Addit. c. 50. Baluz. T. 1. p. 1166. Georgisch. p. 1772.

in c. 14. D. 88. aus den Briefen Cyprian's und in dem c. 26. D. 86. c. 1. C. 21. Qu. 3. aus dem Chalcedonischen Concilium, nur die L. 52. C. de ep. et cler. oder c. 40. C. 16. Qu. 1. in sein Decret aufgenommen, der Nov. 123. c. 5. dagegen mit keinem Wort gedacht hat.

Hiernach haben denn, nach dem neuern abendländischen Kirchenrecht, die Geistlichen zwar allgemein auch bei legitimis tutelis eine Excusation, aber diese ist allemal, selbst bei Bischöfen und Mönchen, nur eine freiwillige und auch als solche an die Fristen der Nov. 123. nicht gebunden (39).

Die deutschen Gesetzgebungen schließen die Ordensgeistlichen von der Führung der Vormundschaft ganz aus (40). Andere Geistliche können sich aber von deferirten Vormundschaften excusiren. Doch verordnen hin und wieder die Kirchengesetze, daß sie nicht zum Nachtheil ihrer Amtspflichten Vormundschaften übernehmen sollen und verlangen deshalb die Einwilligung der vorgesetzten geistlichen Behörde (41).

i. Professoren und Aerzte.

§. 90.

Professoren (magistri, professores) und Aerzte haben

(39) Dieser Meinung sind auch v. Espen J. E. univ. P. 1. tit. 2. c. 6. §. 6. Glück Pand. XXXI. S. 319—325.

(40) So schon das s. g. Schles. Landr. Cap. 42. pr. Preuß. Landr. II. 18. §. 134. Oesterr. G. B. §. 195. Sächs. B. O. 9, 1. N. 4.

(41) Wegen Preußen: v. Strombeck Erg. des Landr. §. 3877.

eine allgemeine Immunität von persönlichen Lasten (1), folglich auch von der Vormundschaft (2).

I. Allgemeine Bedingungen derselben sind folgende:

1) In jeder Stadt ist nur eine bestimmte Zahl öffentlich angestellter Lehrer und Aerzte von den öffentlichen Lasten befreit, welche in Ansehung der Hauptstädte in einer Constitution von Theodos II. und Valentinian III, hinsichtlich der übrigen Städte aber in einer epistola von Antoninus Pius an das commune Asiae näher bestimmt und nach der Größe der Stadt und den Gegenständen des Unterrichts verschieden war, wie sich bei den einzelnen Fällen noch näher ergeben wird (3). Diese Zahl darf selbst der Rath der Stadt nicht vermehren, wohl aber vermindern, weil durch Beschränkung und Aufhebung der Exemtionen die öffentlichen Geschäfte nur gewinnen können (4). Hiernach hat nun der Einzelne nur dann eine Immunität, wenn er durch ein Decret des Ordo in die Zahl dieser Privilegirten ausdrücklich aufgenommen

(1) Rescript Sever's und Caracalla's an die Stadt Smyrna in Georg. Wheler Travels III. p. 232. — L. 18. § 30. de mun. (wo statt item: id est zu lesen ist.)

(2) Cod. Theod. VI. 21. de professoribus, qui in urbe Constantinopolitana docentes ex lege meruerint comitivam. XIII. 3. (Cod. Iust. X. 52.) de medicis et professoribus. XIV. 9. (Cod. Iust. XI. 18.) de studiis liberalibus urbis Romae et Constantinopoleos.

(3) L. 6. §. 2. h. t. L. 3. C. Th. i. e. L. un. C. de stud. lib. urb. Rom. (425) v. Savigny's Gesch. des R. R. im Mittelalter. Bd. I.

(4) L. 6. §. 3. h. t.

men (5) und nicht etwa späterhin wegen nachlässiger Amtsführung aus derselben wieder ausgestoßen worden ist (6).

2) Eine andere Beschränkung hat in einer Constitution Sever's und Caracalla's ihren Grund. Nach derselben soll nur derjenige Lehrer oder Arzt eine Immunität genießen, welcher in seiner patria oder origo lehrt oder medicinische Praxis treibt. Modestin führt zur Erläuterung an, daß ein Comanenser, wenn er in dem benachbarten Neocäsarea ansässig sei und lehre oder practicire, zu Comana keine Excusation habe (7). So wie indeß Rom überhaupt als communis patria angesehen wird, so gilt es auch hier als solches, folglich muß jeder Bürger des Römischen Reichs, wenn er zu Rom lehrt, als in seiner Vaterstadt fungirend betrachtet und somit auch in der letztern von Tutelen excusirt werden, wie ebenfalls Sever und Antonin, vielleicht in derselben Constitution verordnet haben (8).

Eine Ausnahme von beiden Einschränkungen machte man indeß bei sehr berühmten und ausgezeichneten Lehrern, indem diese, auch wenn sie nicht zu der Zahl der Privilegirten gehören und in einem fremden Orte fungiren, dennoch in ihrer Vaterstadt von Tutelen excusirt sind, wie schon Antoninus

(5) L. 6. §. 4. h. t. L. 2. C. de prof.

(6) L. 11. §. 3. de mun. L. 2. C. de prof. (Hadrian, Antonin und Gordian.)

(7) L. 6. §. 9. h. t.

(8) L. 6. §. 11. h. t. L. 9. pr. de vac. §. 15. J. h. t.

Pius verordnet haben soll (9), und auch Valentinian und Valens in einer einzelnen Anwendung ausgesprochen haben (10).

3) Auf der andern Seite ist aber durch eine Constitution Constantin's vom Jahr 321 und deren Fassung im Codex, die allgemeine Immunität auch auf die Frauen und Kinder verschiedenen privilegirten Lehrer und Aerzte erweitert worden (11).

II. Zu den einzelnen Personen, welchen unter den angegebenen Bedingungen unsere Excusation zukommt, gehören nun aber folgende:

1) Grammatiker, d. h. Professoren der lateinischen und griechischen Sprache und Litteratur, also der höhern Philologie, im Gegensatz der Elementarlehrer der Grammatik, (grammatistae, litteratores, ludi magistri) welche keine Excusation haben (12), sondern blos der Fürsorge des Präses in Rücksicht der Belastung mit persönlichen Dienstleistungen empfohlen werden, sowohl wenn sie Stadt-, als wenn sie Landschullehrer sind (13). Die Zahl der privilegirten Grammatiker in unserm Sinn des Wortes war in den verschiedenen Städten verschieden, in Constantinopel waren seit Theodos II. 10 für griechische, 10 für lateinische Sprache angestellt, in den Me-

(9) L. 6. §. 10. h. t.

(10) L. 7. C. Th. de medicis et prof. (369.)

(11) L. 1. C. Th. i. e. L. 6. C. de prof. et med.

(12) Sueton. de illustr. gramm. c. 4. (wonach sie früher litterati hießen oder litteratores). Augustin. Confession. I. 13. Adamaveram latinas litteras non quas primi magistri, sed quas docent, qui Grammatici vocantur. Heinecc. Antiq. 1, 25. §. 16.

(13) L. 11. §. 4. de mun. L. 1. pr. §. 6. de extraord. cogn. L. 2. §. 8. de vacat.

tropolen sollten nach der Constitution von Pius, 5, in grössern Städten, die eigene fora und judicia haben, 4, in kleinern 3 die gesetzliche Zahl ausmachen (14). Seit Verrius Flaccus Zeiten bekamen sie Gehalte (15) und andere Lieferungen, welche letztere zu verschiedenen Zeiten verschieden, am ansehnlichsten aber für die trierischen Grammatiker bestimmt waren (16).

2) Oratoren, Rhetoren und Sophisten. Alle diese Ausdrücke bezeichnen Lehrer (17) der Eloquenz, besonders der gerichtlichen Beredsamkeit und sind demnach völlig synonym. Zwar behaupten viele Juristen (18), daß unter Oratoren oder Rhetoren nur Lehrer der lateinischen, unter Sophisten hingegen ausschließlich Lehrer der griechischen Beredsamkeit verstanden würden und diese Meinung hat allerdings einige Stellen, besonders nichtjuristischer Schriftsteller (19), für sich. Allein wenn dagegen andere Stellen rhetores graeci et latini, oder rhetores eruditionis utriusque unterscheiden (20) und noch andere in demselben Falle den Ausdruck oratores oder rhetores brauchen, wo sonst das Wort sophistae vorkommt (21),

(14) L. 6. §. 2. h. t.

(15) Sueton. de illustr. Gramm. c. 17.

(16) L. 11. C. Th. de med. et prof. Symmachi ep. 1. 33. Cassiodor. Var. IX. 21.

(17) Sueton. de clar. rhet. c. 1. Quinctilian. J. O. X. 5. L. 27. de donat.

(18) Gothofr. ad L. 3. C. Th. de stud. lib. Günther über die L. 6. §. 1. de excus. in Hagemann's und Günther's Archiv Thl. 1. N. XV. S. 324—326.

(19) Tertullian. de pallio. c. ult. vgl. auch L. un. C. de stud. lib.

(20) Sueton. Vesp. c. 18. L. 12. C. de excus. mun.

(21) Vat. Fr. §. 149. §. 15. J. h. t. L. 18. §. 30. de mun. vgl.

so erhellt, daß rhetor und sophista nur der moderne und griechische Ausdruck für denselben Begriff ist, den die lateinische Sprache mit dem Worte orator bezeichnete (22). Eben so wenig kann der von Victorin aufgestellte Unterschied, nach welchem rhetor den theoretischen, sophista den practischen Lehrer der Beredsamkeit bedeutet hätte (23), als allgemein gültig betrachtet werden, da die Lehrmethode bei den einzelnen Lehrern außerordentlich verschieden war (24). Zur Unterstützung kann auch der Bericht des Philostratus dienen, wonach jeder berühmte Rhetor den Namen Sophist bekam (25). Die Anzahl der ordentlichen Professoren der Eloquenz sollte, nach der Constitution von Pius, in den einzelnen Städten dem numerus der Grammatiker gleich sein (26); nur in Constantinopel waren drei Rhetoren für lateinische und fünf Sophisten für griechische Beredsamkeit bestimmt (27). Diese öffentlich angestellten Lehrer wurden ebenfalls schon seit Vespasian's Zeiten vom Staate besoldet.

3) Medici. Daß zu diesen die Professoren der Arznei-

mit L. un. C. de prof. qui in urbe Constantinop. (12. 15.)

(22) Cujacius ad L. 6. §. 1. h. t. Cramer ad Comm. in Iuvenal. XV. 112. p 549—552.

(23) Victorin. in lib. 1. rhet. Cic. „Rhetor est artis traditor eloquentiae. Sophista est, apud quem dicendi exercitium discitur." vgl. auch G. Wheler Trav. III. p. 232.

(24) Suet. de clar. rhet. c. 1.

(25) Philostratus de vitis Sophistarum prooem.

(26) L. 6. §. 2. h. t.

(27) L. 3. C. Th. i. e. L. un. C. de stud. lib. wo statt: qui facundia gravitatis pollent — graecitatis zu lesen ist, s. L. 3. C. Th. de stud. lib. Dirksen civ. Abh. Bd. 2. S. 513. Sueton. Vesp. c. 18. Eusebii Chron. n. M.M. CIV.

wissenschaft gehören, wird gewöhnlich schon nach Analogie der übrigen Professoren, und zwar wie es scheint, mit Recht, behauptet (28). Vorzugsweise aber werden mit diesem Ausdrucke die ausübenden Aerzte bezeichnet. Modestin nennt daher besonders diejenigen, welche περιοδευταὶ heißen, oder wie der alte Interpres nach Kriegels Restitution richtig übersetzt, circuitores, d. h. solche Aerzte, welche Kranke besuchen (29), im Gegensatz theils blos theoretischer Gelehrter, theils blos äußerlicher Aerzte und Chirurgen, welche letztere zwar in Rücksicht der Cognition über ihr Honorar den clinischen Aerzten gleichstehen, in Rücksicht der Immunität hingegen nicht als medici betrachtet werden (30). Die Immunitätsprivilegien nun haben ihren Ursprung in einer Constitution von August, der sie bei Gelegenheit seiner Rettung durch den Musa dem ganzen Stande ertheilte (31), welcher noch kurz vorher wenig geachtet gewesen war und fast nur aus Sklaven und Freigelassenen bestanden hatte (32). Durch eine große Anzahl späterer Constitutionen, wurden diese Privilegien einerseits bedeutend erweitert und unter andern auch

(28) L. 3. 6. 14. C. Th. L. 6. C. de med. et prof. Jac. Gothofr. ad L. 1. C. Th. de med. et prof.

(29) Menagii Amoenitat. jur. civ. c. 35. Cujac. Comm. ad tit. de excus. Tom. 1. p. 1047. ed. Fabrot. Glück Pand. XXXI. S. 340. 341. Kriegel l. c. p. 41. Nota 182.

(30) L. 1. §. 3. de extr. cogn. Brisson. antiq. sel. lib. II. c. 4. Wagner de medicorum juribus atque officiis. P. 1. Berolini 1819. 4. Oft war ein klinischer Arzt aber zugleich Chirurg. Gruter p. CCCC. 17. „medicus clinicus, chirurgus, ocularius."

(31) Dio Cass. LII. p. 517.

(32) Sueton. Jul. c. 42.

auf die Familien der Aerzte ausgedehnt (33), andererseits hingegen durch Feststellung einer Anzahl privilegirter Aerzte beschränkt. Diese Zahl ist z. B. nach der Constitution von Pius in den Hauptstädten der Provinzen 10, in mittlern Städten 7, in kleinern 5 (34). In Rom selbst sollten nach einer Constitution von Valentinian und Valens vom Jahr 370 eben so viel archiatri, d. h. privilegirte Aerzte sein, als mit Ausnahme des porticus Xysti und virginum Vestalium Regionen vorhanden waren (35). Schon seit Alexander Sever bekamen diese Aerzte annonae (36).

4) **Philosophen** haben ebenfalls ziemlich früh eine Excusation von Tutelen und muneribus sordidis erhalten, nicht aber von muneribus patrimonii, da ein wahrer Philosoph seine Philosophie practisch darin zeigen soll, daß er auf äußere Güter keinen Werth legt (37). Die Quelle dieser Ex-

(33) L. 18. §. 30. de mun. L. 6. §. 8. h. t. C. Theod. XIII. 3. C. Just. X. 52.

(34) L. 6. §. 2. h. t. Auf diese kleinern Städte ist der Satz der Vat. Fr. §. 149. zu beschränken. Quod ad medicos *unius cujusque* (d. h. non privilegiatae) civitatis pertinet, intra numerum quinque esse debere, sacrae constitutiones docent. Cetera.

(35) L. 8. C. Th. de med. und dazu Gothofred. Ueber den Begriff der archiatri Galen. de antidot. lib. 1. c. 1. 4.; de locis adfectis c. 1. Symmach. ep. X. 40. Cassiodor. Var. VI. 19. Ueber die Auctorität ihrer Meinung in medicinischen Controversen L. 9. C. de prof. et med. Einige unter diesen archiatris waren kaiserliche Leibärzte (archiatri sacri palatii) mit comitivis primi und secundi ordinis und andern noch höhern Dignitäten. L. 16. 17. 19. C. Th. L. 9–11. C. de med. et prof. Cassiodor. Var. VI. 19. Ueber ex-archiatris s. L. 2. C. Th. eod.

(36) Lamprid. Alex. c. 42.

(37) L. 8. §. 4. de vacat. L. 6. C. de mun. patrimon. L. 1. § 4. de extraord. cogn. Symmach. ep. X. 25. L. 8. C. de prof.

cusation ist schon in Constitutionen von Hadrian und Pius zu suchen (38), welche die Philosophen, Aerzte und Professoren von der Gymnasiarchie, Agoranomie, dem sacerdotium provinciae, der Einquartierungslast, Sitonie und Eläonie, dem munus judicandi, den Legationen, der Militairpflicht und allen andern provinciellen und öffentlichen Lasten befreiten (39). Und wenn auch spätere Kaiser diese Immunität wieder beschränkt haben (40), so hat sich doch die Befreiung von der Tutel auch noch im Justinianischen Recht erhalten (41). Nur müssen auch die Philosophen den Schülern und Anhängern dieser „studiorum secta" fleißig Unterricht ertheilen, also durch ihre Wissenschaft öffentlichen Nutzen stiften (42). Auf einen bestimmten Numerus von Philosophen hat übrigens Pius diese Privilegien nicht beschränken wollen, weil wahre Philosophen allzu selten seien (43). Späterhin verordneten jedoch Theodos und Valentinian für die östliche Hauptstadt einen öffentlichen Lehrer der Philosophie (44), durch welche Verordnung jedoch die Immunität der übrigen nicht beschränkt wird, da sonst die Constitution von Pius

(38) L. 6. §. 8. h. t. cf. L. 18. §. 30. de mun.

(39) L. 6. §. 8. h. t. Glück Pand. XXXI. S. 367—398. Kriegel l. c. p. 44—47.

(40) L. 26. C. Th. de decurion.

(41) Vat. Fr. §. 149. L. 6. §. 5—12. h. t.

(42) Auf die damaligen philosophischen Secten geht indeß die Stelle wohl so wenig als die αἱρέσεις in L. 6. §. 2. h. t. ([illegible]wor- über Glück XXXI. S. 355. N. 56. 363), sondern studiorum secta heißt hier das Studium der Philosophie oder das philosophische Fach überhaupt.

(43) L. 6. §. 7. de excus.

(44) L. 3. §. 1. C. Th. L. un. §. 1. C. de stud. lib.

wohl schwerlich in die Justinianische Sammlung aufgenommen worden wäre.

5) Rechtslehrer. Juris civilis professores haben nach einer Stelle Ulpian's in den Vaticanischen Fragmenten noch keine Excusation von Tutelen (45). Dagegen lehrt Modestin, daß sich dies nur auf die Provinzen bezog, in welchen überhaupt der Rechtsunterricht seltener war (46), wogegen die Lehrer in der Stadt Rom Immunität genossen (47). In Rücksicht dieser letztern verordnete Cassiodor im Namen des Athalarich (r. von 526—534), daß dem Nachfolger die Rechte seines Vorgängers ungeschmälert erhalten werden sollten (48). Allein diese Verfügung bezieht sich blos auf die Besoldungen, nicht auf die Immunitäten von öffentlichen Lasten (49). — Im Jahr 425 stiftete Theodos II., bei der neuen Einrichtung der Schule zu Constantinopel, daselbst zuerst auch zwei juristische Professuren (50). Justinian verbot 533 die Rechtsschulen in Alexandria, Cäsarea und allen übrigen Städten, mit alleiniger Ausnahme der beiden Hauptstädte und der Stadt Beryt, bei Strafe von zehn Pfund Gold und Verweisung des Lehrers (51). Alle Lehrer an diesen geduldeten und be-

(45) Vat. Fr. §. 150.

(46) Rutil. Numantian. Itin. I. 109. Constantius Vita S. Germani. c. 3.

(47) L. 6. §. 12. h. t.

(48) v. Savigny Gesch. des R. R. Bd. 1. S. 395.

(49) Cassiodor. Variae IX. 21. v. Savigny a. a. O. S. 397. N. 6.

(50) L. 3. §. 1. C. Th. de stud. lib. urbis Rom. et Constant. vgl. mit L. 16. C. Th. de med. et prof. Daß jene Stelle blos auf Constantinopel geht, hat v. Savigny a. a. O. S. 396. Note 5. völlig außer Zweifel gesetzt. Einer dieser Rechtslehrer war Leontius. L. un. C. Th. 6. 21.

(51) Const. Omnem §. 7. Ueber

günstigten Rechtsschulen haben nun nach dem Geiste der Justinianischen Compilation unbezweifelt Immunität von Vormundschaften. Die Compilatoren haben diese nämlich dadurch ausgesprochen, daß sie eine Immunität, welche Constantin im Jahr 321 mehreren Professoren ertheilte, vermöge einer Interpretation im Justinianischen Codex ausdrücklich auf doctores legum ausgedehnt haben (52). Das neueste Gesetz Justinian's, die sanctio pragmatica vom Jahr 554 bestätigt den Lehrern der Römischen Schule zwar blos ihre Besoldungen, nicht ihre Privilegien, aber gewiß nur aus demselben Grunde, weshalb auch Cassiodor blos die erstern berührt, weil sie ihnen nämlich unrechtmäßig geschmälert oder vielleicht während des Krieges überall nicht ausgezahlt waren (53).

Hiermit schließt sich übrigens der Kreis der privilegirten studia liberalia. Die Poesie gehörte nach den Begriffen des Alterthums nicht hinein und daher sind auch Poeten gegen Vormundschaften nicht excusirt, wie dies eine Constitution von Philippus ausdrücklich ausgesprochen hat (54), deren Grund man also eben so wenig in der großen Anzahl von Dichtern, welche mit Privilegien auszustatten bedenklich

Beryt L. un. C. de metropoli Beryto. Strauchii Berytus. Jenae 1661. Brunsv. 1662. 4

(52) L. 1. C. Theod. de prof. et med. vgl. mit L. 6. C. de prof. — v. Buchholtz ad Vat. Fr. §. 150. indem er diese Interpolation übersieht, sucht aus diesen Stellen zu beweisen, daß schon zur Zeit der Abfassung der Vat. Fr. der §. 150. derselben kein practisches mehr Recht enthalten habe.

(53) Iustiniani Sanctio pragmatica (a. 554.) c. 22.

(54) L. 3. C. de prof.

gewesen sei (55), oder in dem Hasse zu suchen hat, welchen die Epigrammatiker auf die Zunft geladen hätten (56), noch auch blos auf die schlechten Dichter beschränken darf (57).

Neuere deutsche Gesetze geben allen ordentlichen Lehrern bei Schulen, Gymnasien und Universitäten, wenigstens gegen Vormundschaften über Kinder von Ungenossen eine Excusation (58).

k. Mitglieder gewisser Zünfte und Innungen.

§. 91.

Auch die Genossen gewisser Corporationen genießen eine Excusation von Vormundschaften. Es gehören dahin zunächst solche Innungen, welche mit einem hohen Alterthum eine große Gemeinnützigkeit verbinden, vorzugsweise aber diejenigen, welche mit der Verproviantirung der Hauptstädte zu thun haben. Letztere werden vor andern unter den Namen corporati oder collegiati urbis Romae et Constantinopolitanae begriffen. Ihre Mitglieder haben eine sehr ausgedehnte Immunität, theils um desto ungestörter ihren Functionen obliegen zu können, theils zur Entschädigung für die Abhängig-

(55) J. L. E. Püttmann D. de poëtis privilegiorum exsortibus. Lips. 1777. 4. Adversarior. lib. II. c. 2.

(56) Frattr. A. C. et C. A. Stockmannorum Disp. de poëtis non immunibus. Lips. 1779. 4. G. St. Wiesand Obs. Poëtae a tutela non excusantur. Opusc. Lips. 1782. 8. Sp. III. Obs. 1. p. 23 sqq.

(57) A. Gentilis Comm. ad L. 3. C. de prof. ad ejus Comm. ad tit. C. de malef. Hanoviae 1604. p. 115.

(58) Sächs. V. O. 9, 1. N. 4. Preuß. Landr. §. 213.

keit und Hörigkeit, in welcher sie selbst, die Ihrigen und ihr Vermögen gegen die Zunft stehen (1).

Die einzelnen Corporationen, welche von Vormundschaften excusirt werden, sind folgende:

I. Fabri, die uralte Zunft von Schmieden und Bauleuten, deren bereits unter Numa und im Servianischen Census Erwähnung geschieht (2). Ihre Mitglieder haben Excusationen von Tutelen, sofern sie zugleich arm sind und den Meistergrad in ihrer Zunft erlangt haben (3). Die spätern Waffenschmiede (fabricenses), welche in den öffentlichen Werkstätten (fabricae) den Kriegsbedarf des kaiserlichen Heeres verfertigen, sind ebenfalls schon durch ihre conditio von jedem, auch dem leichtesten munus, folglich gewiß auch von Tutelen frei (4). Auch nach ihrer Dienstentlassung haben sie eine Vacatio (5).

II. Navicularii (nautici, naucleri, navarchi) (6). Man versteht darunter eine Zunft von Schiffseigenthümern, welche auf ihren Schiffen den Hauptstädten die erforderlichen Vorräthe an Getraide, Wein, Oel, Holz u. d. gl. aus den Provinzen zuführen, und unter Aufsicht des Praefectus urbi und annonae stehen. Sie zerfallen in die navicularii Occiden-

(1) C. Theod. XIV. 2. 7. C. XI. 14. 17. mit Gothofred's und Cujacius Commentaren. Dirksen civ. Abh. Bd. 2. N. I. S. 70 ff.

(2) Heinecc. D. de colleg. et corporibus opificum. c. 1. §. 5. Platner disp. 2. de collegiis Opificum. Lipsiae 1809. 4.

(3) L. 17. §. 2. h. t. L. 5. §. 12. de jure immun.

(4) L. 32. C. de decurion.

(5) L. 2. C. de fabricens.

(6) C. Th. XIII. 5. C. XI. 1. 2. mit Gothofr.d's und Cujacius Commentar.

tis und Orientis. Jene bringen die Vorräthe aus Sicilien, Spanien, Afrika u. s. w. nach dem Hafen von Rom, woselbst sie an die nautae Tiberini oder caudicarii Behufs der weitern Einfuhr in die Stadt selbst ausladen. Diese führen das Getraide aus Aegypten nach Constantinopel und sind deshalb auch dem Praefectus Augustalis unterworfen, dessen Hauptgeschäft sogar noch unter Justinian in der Aufsicht über diese Ausfuhr bestand (7). Beide Innungen von Navicularien haben eine große Anzahl von Privilegien erhalten, unter denen die ältesten der Römischen Zunft bereits aus den Zeiten des Claudius herstammen (8). Die meisten derselben sind an folgende Bedingungen gebunden:

1) Sie müssen den größten Theil ihres Vermögens in diesem Gewerbe angelegt haben (9).

2) Sie müssen namentlich Eigenthümer eines Schiffes von 50,000 modii sein oder wenn sie mehrere Schiffe haben, muß jedes 10,000 modii Last enthalten (10). Mitglieder der Zunft, welche kein eigenes oder ein geringeres Seeschiff haben, genießen die Privilegien nicht (11).

3) Sie müssen mit diesen Schiffen wirklich für die annona urbis thätig sein. Ein bloßer Schiffsherr, welcher sein Schiff zu andern Zwecken braucht, hat, wenn er auch sonst Mitglied der Zunft ist, deren Privilegien nicht (12).

(7) Iustiniani ed. XIII. c. 5.

(8) Suet. Claud. c. 18. Ulpian. III. 6. L. 5. §. 3. de jure imm. L. 3. de vacat.

(9) L. 5. §. 6. de jure imm.

(10) L. 3. de vacat. Ulp. III. 6.

(11) L. 5. §. 6. de jure imm.

(12) L. 5. §. 5. 6. 6. de jure immun.

Unter allen diesen Privilegien interessirt uns allein die Befreiung von Tutelen. Ueber diese lehrte man bisher, daß sie noch dem Callistratus nicht bekannt gewesen sei, indem dieser ein Rescript Trajan's citire, wonach zu den Privilegien der domini navium oder Navicularien die vacatio a tutelis nicht mit gehören solle.

> L. 17. §. 6. h. t. Domini navium non videntur haberi inter privilegia, ut a tutelis vacent (13).

Nun aber erfahren wir aus den Vaticanischen Fragmenten, daß die anabolicarii bereits zu Ulpian's Zeit eine Excusation von Tutelen hatten:

> Vat. Fr. §. 137. Anabolicari a tutelis curationibusque habent vacationem.

Diese anabolicarii oder levamentarii (14) können nun aber keine Andern als diejenigen Mitglieder der Navicularien sein, welche die Befrachtung der Schiffe oder die Aufladung (ἀναβολή) der anabolicae species (15) zu besorgen hatten, so wie umgekehrt die catabolenses mit der καταβολή oder der Abladung und dem Transport des Getraides in die Mühlen u. s. w. beschäftigt waren (16).

Nun wäre es aber doch äußerst auffallend gewesen, wenn diese untergeordneten Personen Excusationsprivilegien gehabt hätten, die den eigentlichen Navicularien abgesprochen wur-

(13) Bachii Trajanus. Lips. 1747. 8. p. 217. Derselbe in der: Unpartheiischen Kritik über jurist. Schriften. Bd. 1. St. 6. S. 482 ff. Ueber die Lesarten habere und privilegiatos vgl. Schulting Notae ad Dig. Tom. IV. p. 465 sqq. Jac. Gothofr. ad L. 7. C. Th. de var.

(14) L. 1. C. Th. de navicul.

(15) Vopisc. Aurel. c. 45.

(16) Brisson. de V. S. s. v.

den. Wahrscheinlicher werden also unter den domini navium, denen Trajan die Privilegien nicht zugestehen wollte, nur Schiffseigenthümer verstanden, welche nicht zugleich Navicularien sind und dann allerdings keine Privilegien haben.

Wie dem aber auch sei, so gab Constantin der Große im J. 334 den naviculariis Orientis neben der solidi capacitas inter virum et uxorem und mehrern andern Privilegien auch die Immunität von der Administration der Tutel, sowohl der legitimen, als derjenigen, welche die Magistratus oder Provinzialvorsteher auflegen (17).

Arcadius und Honorius dehnten diese Immunität im J. 400 auch auf die Navicularien in Rom aus, jedoch mit der Einschränkung, daß sie gegen Kinder von Zunftgenossen nicht geltend gemacht werden könne (18).

Ihre Kinder und Freigelassenen haben diese Immunität übrigens nicht (19). Auch befreit sie nicht von bereits übernommenen Tutelen (20).

III. Mensores frumentarii oder Portuenses. Es sind Mitglieder einer Zunft, welche unter Aufsicht von patronis horreorum portuensium das im Hafen der Hauptstadt Rom ausgeladene Getraide zum Zweck der Aufbewahrung in den öffentlichen Magazinen (horrea portuensia) messen und dann den caudicariis oder Tiberschiffern verabfolgen lassen muß-

(17) L. 7. C. Th. de navicul. Unter der legitima ist die testamentarische mit enthalten. Thl. I. S. 188. Note 4. N. 2.

(18) L. un. C. Th. h. t. i. e. L. 24. C. h. t.

(19) L. 5. §. 4. de jure imm. L. un. C. Th. L. 24. C. h. t.

(20) L. 5. §. 7. de jure imm.

te (21). Die ganze Zunft hat eine Excusation von öffentlichen Aemtern und nach einem Rescript von Marcus und Commodus an den Praefectus annonae auch von Vormundschaften (22). In den Provinzen gab es zwar auch solche Zünfte, doch hatten deren Genossen, weil sie nicht in Beziehung mit der annona urbis standen, keine vacatio (23).

IV. Pistores (mancipes, catabolenses) (24). Sie bilden eine Zunft, deren Function darin besteht, daß sie das ihr aus den horreis portuensibus gelieferte Getraide mahlen und backen muß. Die öffentlichen Anstalten, worin dieses geschieht, heißen pistrina. Das gebackene Brod wurde theils unentgeldlich vertheilt (annonae civicae, panis gradilis (25)), theils verkauft (panis fiscalis s. Ostiensis (26)) und zwar um einen geringen Preis, indem das Getraide aus dem canon frumentarius urbis Romae (27) oder jenen Magazinen ebenfalls zu einem sehr billigen Preise geliefert wurde. Diejenigen Mitglieder des Collegii, welche das Getraide von der Tiber in Säcken auf Lastthieren in die Pistrinen und aus diesen das Brot an die Oerter der Vertheilung bringen, heißen catabolenses (28). Die Zunft hatte übrigens ihren Pa-

(21) L. 10. §. 1. de vacat. L. 9. C. Th. de suar. C. Th. XIV. 23. de patronis horreorum portuensium.

(22) L. 26. h. t.

(23) L. 10. §. 1. de vacat. Corpus mensurarum (lege: mensorum mit Schulting) frumenti juxta annonam urbis habent vacationem, in provinciis non idem (leg. item).

(24) C. Th. XII. 16. de mancipibus. XIV. 3. C. XI. 15. de pistoribus (et catabolensibus).

(25) C. Th. XIV. 17. de annonis civicis et pane gradili.

(26) C. Th. XIV. 19. de pretio panis Ostiensis.

(27) C. Th. XIV. 15. de canone frumentario urbis Romae.

(28) C. Th. XIV. 3. Brisson. v. catabolenses.

tron, dessen Amt 5 Jahre dauerte und war der Aufsicht des Praefectus annonae und der Jurisdiction des Praefectus urbi untergeben.

Ihre Privilegien, welche besonders von Trajan (29) herrühren, späterhin aber erweitert worden sind, interessiren uns nur insofern, als sie die Vormundschaft berühren. Die Excusation von dieser letztern ist an folgende Voraussetzungen gebunden:

1) Nur die urbici pistores haben Excusation, die Ostienses hingegen nicht, wie Sever und Caracalla rescribirt haben. Jene lieferten nämlich den panis gradilis, diese dagegen den panis fiscalis oder Ostiensis, welcher, wie gesagt, verkauft wurde; auch wirkten letztere nicht unmittelbar für die annona urbis (30). Dagegen haben die pistores in Constantinopel dieselben Rechte, wie die Römischen (31).

2) Auch unter den urbici pistores waren nicht alle Mitglieder der Zunft excusirt. Vielmehr genossen nur diejenigen dieses Vorrecht, welche auf eigenen Namen eine Bäckerei hielten und zugleich zu der Anzahl der Privilegirten gehörten, deren unter den 254 Bäckereien Rom's nur 100 gewesen zu sein scheinen (32).

3) Alle diese Bedingungen mußten bei dem Anbringen der

(29) Aur. Victor. de Caesarib. c. 13. Adhuc Romae et annonae perpetuae mire consultum, reperto firmatoque pistorum collegio. Vat. Fr. §. 233. erwähnt litterae Trajani ad Sulpicium Similem.

(30) Vat. Fr. §. 234.

(31) C. Th. XIV. 16. de frumento urbis Constantinopolitanae, besonders L. 3. h. t.

(32) Vat. Fr. §. 233. woselbst nämlich das Comma gewiß hinter centenarium stehen muß. Vgl. L. 46. pr. h. t.

der Excusation durch ein Zeugniß (litterae testimoniales) des praefectus annonae bescheinigt werden.

Was nun noch die Natur dieser Excusation anlangt, so ist dieselbe in mehrfacher Beziehung ausgezeichnet.

Zunächst nämlich sind die urbici pistores gegen die allgemeine Regel auch von den Vormundschaften über Kinder ihrer Zunftgenossen excusirt. Dieses besondere Privilegium rührt aus einem Rescript Sever's und Antonin's an die Pistoren Verna und Montanus her, in welchem eine epistola Hadrian's, die den negotiatores frumentarii oder negotio frumentum agentibus ein solches Privilegium gab, durch authentische Interpretation auch auf die Pistores ausgedehnt worden ist.

Andrerseits gab Caracalla den von ihm selbst creirten Pistoren in einem Rescript an den praefectus annonae Diocas auch eine Excusation von bereits übernommenen Tutelen(33).

V. Suarii, porcinarii (34), boarii, pecuarii (qui in foro suario negotiantur). Man versieht darunter die Mitglieder einer Zunft, welche das Schlachtvieh, das der Hauptstadt aus Apulien, Lucanien, Bruttium und Samnium geliefert werden mußte, in Empfang zu nehmen und die Fleischspenden unter das Volk zu vertheilen hatte. Ursprünglich bildeten die pecuarii, boarii und suarii besondere Zünfte, doch wurden sie unter Honorius, nachdem die Bevölkerung

(33) Vat. Fr. §. 235. L. 46. §. 1. h. t. Paull. lib. sing. de cogn. Vat. Fr. §. 237. Paull. lib. sing. ad municipalem.

(34) Cod. Theod. XIV. 4. C. XI. 16. de suariis. Reines. Inscr. Class. I. 105. p. 14.

Rom's sich sehr verringert hatte, zu einer Corporation vereinigt (35).

Eine Befreiung von Tutelen hat ihnen zuerst ein Rescript von Sever und Caracalla an den Anicius Cerealis gegeben, vorausgesetzt, daß sie wenigstens ⅔ ihres Vermögens in ihrem Gewerbe angelegt haben und dieses durch ein Zeugniß des Praefectus annonae bescheinigen; denn sonst könnte jeder reiche Mann sich leicht dadurch eine Immunität verschaffen, daß er mit einem geringen Theil seines Vermögens dem Gewerbe beiträte (36). Doch erklärt dieses Rescript zugleich, daß diese Immunität mit der Excusation der bei den Getraidespenden Beschäftigten (qui annonam populi Romani juvant) nicht identisch sei. Wahrscheinlich soll dies wohl heißen, daß die suarii nicht, wie die urbici pistores, sich von den Tutelen über Kinder ihrer Zunftgenossen excusiren können, wie es auch v. Buchholtz erklärt hat (37). In der Justinianischen Sammlung fehlt diese Excusation. — Andere negotiatores haben zwar auch eine Immunität, aber nicht von Tutelen (38).

VI. Decuriales (39). Decurien heißen sowohl in Rom als in den Municipien und Colonieen Innungen von Canzleipersonen, welche durch ihren Zweck von den corporibus

(35) Festus v. boarium forum. L. 10. C. Th. tit. cit. Nov. Valentin. 15.

(36) L. 5. §. 8. de jure immun.

(37) Vat. Fr. §. 236. 237.

(38) L. 5. § 3. 7. 8. de jure imm. L. 7. C. de exc. mun.

(39) Cod. Th. XIV. 1. C. XI. 13. de decuriis (decurialibus) urbis Romae. Cassiodor. Var. V. 21. 22.

oder den auf die annona bezüglichen Innungen wesentlich verschieden sind (40). Es gehören dahin die decuriae scribarum s. librariorum, d. h. der öffentlichen Schreiber der Magistratus, welche die Formeln, Stipulationen, überhaupt die acta zu schreiben hatten (41). Diese Decurien wurden durch das Loos oder die Wahl der Magistratus ergänzt, man konnte sich aber auch einkaufen (42). Außerdem gab es decuriae fiscalium und censualium, welche bei den Verhandlungen des Senats die Canzleigeschäfte versehen mußten (43) und noch mehrere andere (44).

Zu den Privilegien der Decurialen Roms nun gehörte auch eine Excusation von Tutelen, ausgenommen über Kinder von Condecurialen, denn von diesen können sie sich nur alsdann entschuldigen, wenn ihnen noch andere Excusationsgründe außer der Genossenschaft in der Decurie zur Seite stehen (45). Im Justinianischen Codex werden zwar die Privilegien der Decurialen im Allgemeinen bestätigt, aber ohne daß dieser Excusation Erwähnung geschieht.

Nichtzünftige librarii und calculatores (διαψηφισταί) haben keine Excusation (46).

(40) L. 3. de B. P. L. 22. de fidejuss. L. 25. §. 1. de A. H. Vat. Fr. §. 158. 272.

(41) L. 92. de R. J.

(42) Cic. Verr. 3. 79. Schol. Juvenal. Sat. 5. init. Sueton. vita Horatii. Vat. Fr. §. 272.

(43) Capitolin. Gordiani duo c. 12.

(44) Gothofr. ad L. 1. C. Th. de lucr. off. L. 46. C. Th. de cursu publ.

(45) Vat. Fr. §. 142.

(46) L. 15. §. 5. h. t. L. 4. C. de prof.

Eben so wenig haben Künstler (artifices) eine Immunität von Tutelen, obwohl dies die gewöhnliche Meinung ist (47).

Zwar liefert Constantin ein ganzes Register (breve subitum) solcher Künstler, denen er eine vacatio von allen öffentlichen Lasten ertheilt (48) und seine Nachfolger haben dasselbe noch erweitert (49). Allein daß unter diesen munera blos die Municipallasten, nicht aber auch die Vormundschaft gemeint ist, ergiebt sich aus folgenden Gründen (50):

1) Es ist allgemeine Interpretationsregel, daß unter einer vacatio civilium und municipalium munerum eine Excusation von Vormundschaften nicht zugleich mit enthalten ist, vielmehr die letztere allemal einer besondern Concession bedarf. Diese Regel gilt insbesondere auch von Corporationen, welche von öffentlichen Lasten excusirt sind (51).

2) In jenen Verzeichnissen privilegirter artifices werden auch geometrae aufgeführt (52) und diese haben, nach ausdrücklichen Zeugnissen Ulpian's und Scävola's, gerade von der Vormundschaft keine Excusation (53).

Die neuern Gesetzgebungen haben natürlich diese ganze Excusation der Zunftgenossen nicht aufgenommen.

(47) de Buchholtz ad Vat. Fr. §. 150.

(48) L. 2. C. Th. i. e. L. 1. C. de exc. artif. (XIII. 4. X. 64.) ibi Gothofr. Glück Pand. XXXI. S. 343—349.

(49) L. 3. C. Th. i. e. L. 2. C. eod.

(50) vgl. Cujac. Comm. ad tres postr. lib. Cod. ad L. 2. C. de exc. artif.

(51) L. 15. §. 12. L. 17. §. 2. h. t.

(52) L. 3. C. Th. L. 3. C. de exc. artif.

(53) Vat. Fr. §. 150. L. 22. pr. h. t. Geometrae a tutelis non vacant.

3. Wegen eigentlicher Privilegien.

a. Jus liberorum.

§. 92.

Quelle:

C. V. 66. Qui numero liberorum se excusant.

Zu den Excusationen, welche in den Quellen vorzugsweise als ein beneficium, praemium, privilegium bezeichnet werden (1), gehört zuvörderst die wegen einer Anzahl Kinder.

Ueber die Geschichte dieser Excusation lehrte man bisher, daß sie aus der lex Julia et Papia Poppaea herstamme, indem dieses Gesetz den patres eine allgemeine Befreiung von allen muneribus publicis ertheilt habe (2). Allein die Gründe für diese Meinung beruhen lediglich auf dem, was wir über die allgemeine Tendenz der lex wissen und einigen sehr allgemeinen und vieldeutigen Stellen (3). Gegen dieselbe aber kann man anführen, daß nach der lex selbst die wichtigsten Privilegien schon dem solitarius pater zustehen (4), daß überall Constitutionen als Quelle unseres Rechtssatzes angeführt wer-

(1) L. 1. §. 2. Quae sent. sine app. Hiermit ist jedoch Anton Faber's Ansicht (Iurispr. Pap. Scient. XXIV. 1. 2. p. 1092 seqq.) keineswegs ganz unvereinbar.

(2) Heineccius Comm. ad L. Iul. et P. P. II. 8.

(3) Inscr. L. 18. h. t. L. 16. de prob. L. 21. de R. V. L. 147. de V. S. Auch die Vat. Fr. §. 197. nennen die lex Julia nicht als Quelle unsers ganzen Rechtssatzes.

(4) Rudorff in der Zeitschr. für gesch. R. W. VI. S. 411.

den und besonders, daß bezweifelt werden konnte, ob der Ausdruck justi liberi im Sinn der L. Julia oder des jus civile zu nehmen sei (5). Möglich ist es also, daß man unsern Satz nach Analogie der leges Juliae judiciariae publicorum et privatorum (6), welche vom munus judicandi wegen Kinder dispensirten und anderer uns unbekannter Quellen zuerst in der Praxis und Doctrin annahm und daß er dann durch Constitutionen weiter ausgebildet wurde (7). Die nähern Erfordernisse dieser Excusation sind folgende:

I. Ein numerus liberorum (8). Nach älterm Recht genügten in ganz Italien drei Kinder. Noch ein Rescript von Marcus und Verus an den Pontius Marcellus forderte nicht mehr als diese Zahl, während man bei den muneribus municipalibus schon längst vier für nöthig hielt. Eine Constitution des Jahrs 204 von Sever und Caracalla an den Claudius Herodianus hat aber nach Analogie der übrigen munera municipalia auch die Excusation wegen dreier Kinder auf tutelae Romae injunctae beschränkt, bei „cives Romani in Italia consistentes" aber dieselben „quatuor liberi incolumes" gefordert, die auch bei allen andern Municipallasten nothwendig sind (9). Von dieser Constitution haben wir in

(5) Vat. Fr. §. 197.

(6) Vat. Fr. §. 168.

(7) Vat. Fr. §. 247. exemplo municipalium munerum. Zu weit geht wohl Schrader Tüb. Zeitschr. Bd. 1. S. 179—81.

(8) Numerus ist auch hier technisch. Rubr. C. V. 66. X. 47. Iuvenal. IX. 93. Symmach. 1. ep. 77. L. 2. C. h. t. Vat. Fr. §. 191.

(9) Auch in Sparta entschuldigten 4 Kinder. Aristot. Polit. II. 9. Aelian. Var. Hist. VI. 6.

einer Stelle der Vaticanischen Fragmente den Anfang erhalten (10); im Justinianischen Codex (11) erscheint sie mehrfach verändert und selbst dem Inhalte nach nicht treu wieder gegeben, indem theils das Geschichtliche weggelassen, theils aber das Recht der Provinzen hinzugesetzt ist, welches nach den Vaticanischen Fragmenten (12) zu urtheilen in dieser Constitution noch nicht bestimmt war (13).

Die in den Provinzen erforderliche Anzahl ist übrigens auch schon nach einer Stelle der Vaticanischen Fragmente auf fünf festgestellt (14), wobei es auch im Justinianischen Rechtsbuch geblieben ist (15), während das Burgundische durchgehend vier Kinder als excusirend angenommen hat (16).

Genau genommen reden nun freilich alle jene Constitutionen nur von cives Romani (17), allein dieselben Grundsätze sollen auch auf Latini Juniani angewendet werden, so daß nach Verschiedenheit des Ortes auch bei ihnen bald drei, bald vier, bald fünf Kinder erforderlich sind (18).

(10) Vat. Fr. §. 247. (Paull. lib. I. editionis secundae de jurisdictione tutelari) in fin.

(11) L. 1. C. h. t. Impp. Sever. et Anton. A. A. Herodiano. P. P. Non. Apr. Geta et Plautiano Coss. 204.

(12) Vat. Fr. §. 191. 192.

(13) Wenck in der Leipz. Litt. Zeit. 1824. S. 1388.

(14) Vat. Fr. §. 192.

(15) Auch bei den übrigen muneribus L. 3. §. 6. 12. L. 4. pr. de mun. L. 2. §. 1—3. 5. L. 14. pr. de vacat. L. 5. §. 2. de jure imm.

(16) L. Rom. Burg. Tit. XXXVI. excusantur, si quatuor masculos filios habeant.

(17) Vat. Fr. §. 191. 247.

(18) Vat. Fr. §. 193. Anders versteht diese Stelle v. Buchholtz, aber die Worte „exemplo civium Romanorum" sind für unsere Erklärung entscheidend.

Uebrigens richtet sich diese Verschiedenheit keineswegs, wie Heineccius glaubt und sogar in den Text seiner Restitution der lex Julia aufgenommen hat, nach dem Ort, wo die Kinder geboren sind, so daß etwa tres Romae nati, quatuor in Italia, quinque in provinciis nati vorhanden sein müßten (19); eben so wenig nach dem Ort, wo die Excusation angebracht wird (20), sondern allein nach dem Ort, wo die Vormundschaft deferirt oder injungirt wird. Ist dieser Rom, so genügen drei, ist er ein italisches Municipium, vier Kinder, ist er in einer Provinz, so sind fünf erforderlich, wenn auch die Excusation in Rom geltend gemacht werden sollte. Die nähern Bestimmungen des Begriffs eines tutor Romae datus sind übrigens schon oben (S. 72.) bei anderer Gelegenheit vorgekommen (21).

II. Auch hier müssen aber die Kinder, wie es auch bei den übrigen öffentlichen Lasten (22) und bei der caducorum vindicatio (23) erforderlich war, leibliche (naturales) sein.

Daher nützen adoptirte Kinder dem Adoptivvater zur Excusation nicht (24).

Aus demselben Grunde befreit aber auch die kaiserliche Concession des jus liberorum weder von der Tutel, noch von

(19) Heinecc. ad L. J. et P. P. lib. II. c. 8. n. 1. Er gründet diese Meinung blos auf L. 147. de V. S. (Terent. Clem. lib. 3. ad legem J. et P. P.) Qui in continentibus Urbis nati sunt, Romae nati intelliguntur, welche Stelle aber eine andere Beziehung hat.

(20) Vat. Fr. §. 192.

(21) Vat. Fr. §. 191. 192.

(22) L. 2. §. 2. de vacat. Gellii N. A. V. 19.

(23) Rudorff über die caducorum vind. Zeitschr. VI. 3. S. 410.

(24) Vat. Fr. §. 196.

andern Lasten (25), sonst würde nach Justinianischem Recht, in welchem dasselbe vermöge einer zwar ursprünglich speciellen, aber hier in sehr allgemeinen Ausdrücken aufgenommenen Verordnung von Honorius und Theodosius allen Unterthanen des Reichs zusteht, Niemand mehr zur Uebernahme einer Vormundschaft gezwungen werden können (26).

III. Die Kinder müssen ferner justi liberi sein: dieses Erforderniß kommt wenigstens in einem Rescript des Marcus und Lucius an den Apronius Saturninus vor, welches uns die Vaticanischen Fragmente erhalten haben. Nur über den Begriff von justi liberi scheinen die alten Juristen nicht einig gewesen zu sein. Einige bezogen den Begriff auf die lex Julia et Papia Poppaea und verstanden unter justi soviel als „secundum legem Juliam Papiamve quaesiti" (27). Nach dieser Erklärung würden also z. B. Kinder eines Senators mit einer Freigelassenen, oder eines Freigeborenen mit einer übel berüchtigten Person nicht mitzählen. Ulpian selber verwirft indeß diese Erklärung und versteht unter justi nur secundum jus civile quaesiti, so daß es hinreichend ist, wenn der Vater nur Connubium (uxoris jure ducendae facultas) mit der Mutter hatte, gesetzt auch, die lex Papia Poppaea hätte die Ehe verboten (28).

Vat. Fragm. §. 168. Quidam tamen justos secundum has leges putant dici. — Sed justorum mentio

(25) Vat. Fr. §. 170. Ius liberorum a principe impetratum, nec ad hanc causam, nec ad munera (*civilia proderit*).

(26) vgl. Thl. I. S. 59 ff.

(27) Collat. XVI. 3.

(28) vgl. L. 44. §. 3. de R. N.

ita accipienda est, uti secundum jus civile quaesiti sint.

Dieses ganze Erforderniß bezieht sich aber auch in dem Rescript von Marcus nur auf Römische Bürger, indem Latinen nur injusti d. h. secundum jus gentium quaesiti liberi haben können. Bei diesen genügten also schon eheliche Kinder überhaupt. Hierauf ist eine andere Stelle Ulpian's aus demselben Buche zu beziehen:

Vat. Fr. §. 194. Justi autem an injusti sint filii, non requiritur: multo minus in potestate nec ne sint; cum etiam judicandi honere injustos filios relevare Papinianus lib. V. quaestionum scribat.

Man kann diese Stelle mit der vorigen freilich durch die Annahme vereinigen, daß justi und injusti auf die Lex Julia und Papia Poppaea gehe (29), oder auch, daß diese Ausdrücke in einem ganz allgemeinen Sinn für eheliche Kinder genommen worden wären. Aber Ersteres ist darum unwahrscheinlich, weil Ulpian seinen Begriff von justi liberi oben festgestellt hat, und Letzteres deshalb, weil dieser Sprachgebrauch der seltenere ist. Unsere Annahme aber wird dadurch unterstützt, daß unmittelbar vor dieser Stelle, nämlich im §. 193. von der Excusation der Latinen gehandelt wird.

(29) So von Buchholtz ad Vat. Fr. §. 294. Schrader's Annahme, daß die Rescripte verstorbener Kaiser zu Papinian's Zeiten noch kein festes Ansehn gehabt hätten, Tüb. Zeitschr. 1. S. 174. scheint mir deshalb nicht zulässig, weil es hier sich ja nicht blos um Papinian's, sondern auch um Ulpian's Meinung handelt.

Das Erforderniß der justi liberi ist übrigens auch in's Justinianische Rechtsbuch übergegangen (30).

Dagegen ist es aber überall, selbst bei cives, nicht erforderlich, daß die Kinder in der Potestas des Vaters befindlich sind, vielmehr kommen emancipirte (31) und in Adoption gegebene eben so wohl in Betracht (32).

IV. Was das Geschlecht und den Grad der Verwandtschaft der Kinder betrifft, so ist das erste im Justinianischen Recht gleichgültig (33); nur das Burgundische Rechtsbuch fordert männliches Geschlecht der Kinder (34).

In Hinsicht des Grades aber bemerkt schon eine Stelle des Modestin, daß nicht leicht eine Constitution hier den Ausdruck filii (υἱοὶ) gebrauche, vielmehr komme das Wort liberi (τέκνα) vor, unter welchem denn auch Enkel begriffen seien (35).

Deshalb, besonders aber aus Gründen der Billigkeit, nach welcher die Enkel überall in die Rechte der Söhne, ihrer vorverstorbenen Väter, eintreten sollen, haben die alten

(30) L. 2. §. 3. h. t.

(31) pr. J. h. t.

(32) Vat. Fr. §. 169. 196. L. 2. §. 2. de vacat. pr. J. h. t.

(33) L. 2. §. 7. h. t.

(34) L. Rom. Burg. tit. XXXVI.

(35) L. 2. §. 7. h. t. Die letzten Worte finden sich auch in der L. 104. de V. S. (Mod. lib. 2. excus.), welche Kriegel in seiner Ausgabe von Modestin's Excusationen übersehn hat. — Ganz richtig ist übrigens Modestin's Bemerkung nur in Rücksicht der Constitutionen. Denn die leges nannten nicht überall liberos, sondern hin und wieder z. B. die lex Julia privatorum c. XXVII. gnatos oder ex se natos d. h. filios; (vgl. Vat. Fr. §. 198. u. wegen des Ausdrucks ex se natos L. 21. pr. de captivis) die lex Julia publicorum c. XXVI. nannte aber liberos und auch in L. 104. de V. S. steht τεκνῶν im Text.

Juristen unter gewissen Einschränkungen auch Enkel als befreiend gelten lassen (36).

Diese Einschränkungen sind folgende:

Auf der einen Seite kommen nur Enkel und Enkelinnen von Söhnen, nicht aber auch von Töchtern dem Großvater zu Statten (37), da diese in der Regel, z. B. auch bei der caducorum vindicatio (38) im jus liberorum nicht mitgezählt werden (39). Eine Ausnahme dieser Regel macht eine Oratio Marc Aurel's vom Jahr 168, nach welcher demjenigen, der seine Tochter einem ausgedienten Prätorianer zur Ehe giebt, die von dieser Tochter geborenen Enkel und Enkelinnen dieselben Vortheile gewähren sollen, welche sonst nur Enkel von Söhnen zu geben pflegen, „damit die prätorianischen Veteranen desto eher Gelegenheit finden mögen, sich zu verheirathen." Mit der veränderten Stellung der Kaiser zum Heer ist der Grund dieses Privilegiums weggefallen, daher es in's Justinianische Recht gar nicht herüber gekommen ist (40).

Auf der andern Seite nützen aber auch die Enkel von einem Sohne dem Großvater erst dann, wenn jener weggefallen ist, denn so lange derselbe noch lebt, dienen sie ihm selbst, dem Vater, zur Entschuldigung und können deshalb nicht zugleich dem Großvater nützen (41).

(36) L. 3. C. qui num. lib. 10. 51. Vat. Fr. §. 198. in fin.

(37) L. 2. §. 7. h. t. pr. J. h. t. L. 3. C. qui num. lib. (10. 51.)

(38) Rudorff in der Zeitschr. Bd. VI. Abh. 3. S. 410.

(39) Ausnahmen enthalten L. 15. de pollicit. L. 2. §. 3. qui satisd. cog.

(40) Vat. Fr. §. 195.

(41) L. 2. C. h. t. L. 2. §. 7. h. t. L. 3. C. 10, 51.

Endlich zählen auch sämmtliche Enkel von einem vorverstorbenen Kinde zusammengenommen nur für einen einzigen Kopf (42).

V. Die Kinder müssen zur Zeit der Delation der Vormundschaft wirklich am Leben sein (43).

Daher kommen auf der einen Seite noch ungeborene Kinder nicht in Betracht, wie dies auch in der Constitution von Sever ausdrücklich gesagt war (44).

Auf der andern Seite zählen aber bereits wieder verstorbene Kinder ebenfalls nicht mit; denn die Constitution Sever's verlangt ausdrücklich liberi incolumes oder superstites (45).

Dieser letztere Satz hat jedoch eine Ausnahme in Rücksicht der Kinder, welche im Kriege verloren sind. Zwar war dieses für die Tutel nicht geradezu bestimmt, aber das siebente Capitel der lex Julia de maritandis ordinibus, welches über das Recht der Consuln auf die fasces (de fascibus sumendis) handelte, verordnete ausdrücklich, daß nicht der ältere Consul, sondern derjenige von beiden, welcher mehr Kinder als sein College noch in seiner Potestas oder im Kriege verloren hätte, das erste Recht auf die Fasces haben sollte (46). Eben so haben die beiden Augustischen Judiciar-

(42) L. 2. §. 7. h. t.

(43) L. 2. §. 3. de vacat.

(44) L. 2. §. 4. h. t.

(45) L. 2. §. 3. L. 14. pr. de vacat. pr. J. h. t.

(46) Gell. N. A. II. 15. Sic capite septimo legis Juliae priori ex consulibus fasces sumendi potestas fit, non qui plures annos natus est, sed qui plures liberos quam collega, aut in sua potestate habet, *aut bello amisit*

gesetze (47) die lex Julia (judiciorum) publicorum und die lex Julia privatorum im Capitel de judicando, welches in jener das 26te, in dieser das 27te war, auch wegen der Kinder, welche im Kriege verloren sind, dem Judex eine Excusation vom munus judicandi gestattet. In beiden Gesetzen gelten also bello amissi den superstites gleich (48). Schon Ulpian hielt es daher für wünschenswerth, daß auch bei der Tutel durch eine kaiserliche Constitution der Rechtssatz ausgesprochen würde, daß bello amissi ebenfalls mitgerechnet würden (49). Dieses ist nun freilich nicht geschehen; aber der Rechtssatz selbst ist im Justinianischen Recht allerdings anerkannt. Auf die Zahl der verlorenen Kinder und ob es Söhne oder Enkel sind, kann dabei nichts ankommen (50). Nur über die Frage stritten die alten Juristen, was unter bello amissi zu verstehen sei. Nach einer Stelle der Vaticanischen Fragmente forderte Aristo, daß die Söhne in der Schlacht gefallen seien (in acie amissi), Ulpian hielt es für hinreichend, daß der Vater sie nur bei Gelegenheit des Krieges (per tempus belli) verloren habe.

> Vat. Fr. §. 199. Utrum in acie dumtaxat amissus an tempore belli amissus prosit? Sed Aristo in acie amissum dumtaxat: ego puto per tempus belli amissum debere prodesse, ne publica strages patri noceat.

Dieselbe Meinung spricht Ulpian auch im 56ten Buch seines Commentars über das Edict aus, wenn er sagt:

(47) Hollweg in der Zeitschr. Bd. 5. S. 384. 385. N. 52.

(48) Vat. Fr. §. 197.

(49) Vat. Fr. §. 197. „et puto constituendum." vgl. L. 7. C. ad S. C. Treb.

(50) Vat. Fr. §. 198.

L. 1. §. 2. de incendio. Solemus dicere in bello amissum quod propter causam belli amittitur.

Allein in späterer Zeit hat man sich für die strengere Ansicht des Aristo erklärt. Denn schon die beiden Philippi haben entschieden, daß wenigstens im Kriege gefangene Söhne nicht als bello amissi zu betrachten sind, obgleich dies früher bezweifelt worden sei (51).

L. 2. C. de his qui num. lib. 10. 51. Filium ab hostibus captum ac necdum reversum ad excusationem munerum personalium patri proficere non posse *magis placuit*.

Im Justinianischen Recht ist aber die Ansicht des Ulpian entschieden verworfen worden.

§. 1. J. h. t. Sed si in bello amissi sunt: quaesitum est an prosint? Et *constat* eos solos prodesse, qui in acie amittuntur: hi enim, qui pro republica ceciderunt, in perpetuum per gloriam vivere intelliguntur.

L. 18. h. t. Ulp. lib. XX. ad L. Jul. et P. P. Bello amissi ad tutelae excusationem prosunt. Quaesitum est autem, qui sint isti? utrum hi qui in acie sunt interempti; an vero omnes omnino, qui per causam belli parentibus sunt abrepti, in obsidione forte? Melius igitur probabitur eos solos, qui in acie amittuntur, prodesse debere, cujuscunque sexus vel aetatis sint: hi enim pro republica ceciderunt.

Die letztere Stelle bietet indeß mehrfache Schwierigkeiten

(51) L. 2. C. qui num. lib. X, 51.

dar. Eine derselben liegt darin, daß Ulpian hier gerade der Meinung des Aristo beipflichtet, die er in dem liber singularis de officio praetoris tutelaris verworfen hatte. Da aus chronologischen Gründen nicht wohl angenommen werden kann, daß er unterdeß seine Meinung geändert habe, so dürfte dieses aus einer Interpolation zu erklären sein. Die bedeutendste Schwierigkeit liegt aber in dem Umstande, daß am Schluß der Stelle Kinder jedes Alters und Geschlechts, folglich auch Unmündige und Töchter als im Kampf gefallen genannt werden. Hoffmann (52) und Pothier (53) suchen ihr durch Transpositionen der letzten Worte zu entgehen. Allein die Uebersetzung des Calocyrus in den Basiliken (54) beweist, daß sie schon damals in eben derselben Ordnung standen. Die eigene Meinung dieses Scholiasten geht dahin, daß man an einen Fall denken müsse, wo Alles ohne Unterschied des Alters und Geschlechts die Waffen ergriffen habe, wie z. B. bei plötzlichem feindlichen Ueberfall einer Stadt. Glück endlich erinnert, daß im ältern Recht auch Pupillen einen tribunatus numerorum bekleiden konnten (55) und daß die Beispiele von Tapferkeit der Frauen im Alterthum nicht selten waren (56). Befriedigender dürfte die Annahme sein, daß die ungeschickte

Hand

(52) Hoffmann. Obss. var. D. XXIV. §. 1.

(53) Pothier Pand. Iust. T. II. N. XXVI. n. c. p. 129.

(54) Basil. XXXVIII. 1. 18. Schol. i., wo die letzten Worte so heißen: *καὶ βέλτιον ἔδοξεν ἐκείνους μόνους συμβάλλεσθαι τοῖς πατράσι τοὺς ἐν τῇ παρατάξει τελευτῶντας, οἵας δήποτε φύσεως καὶ ἡλικίας ὄντας· οὗτοι γὰρ ὑπὲρ τῆς πόλεως ἐτελεύτησαν.*

(55) L. 18. C. de test. mil.

(56) Glück Pand. XXXII. S. 215.

Hand der Compilatoren einen Satz aus Nachlässigkeit stehen ließ, welcher zwar wohl zu der Ansicht Ulpian's, aber nicht mehr zu der durch Interpolation in die Stelle hineingetragenen Meinung des Aristo paßte.

VI. Alle vorstehenden Voraussetzungen müssen endlich juristisch erwiesen werden. Ist also die Kindschaft noch bestritten, so excusiren die Kinder nicht (57). Der Beweis soll nach einer Verordnung von Marcus (58) besonders durch Urkunden, d. h. durch Pädographieen oder Geburtsscheine, welche in Rom die praefecti aerarii, in den Provinzen die Tabularien ausstellten (59), geführt werden (60).

Soviel über die Erfordernisse dieser Excusation. In Rücksicht ihrer **Wirkungen** sind zwei Einschränkungen zu bemerken.

Einmal nämlich ist sie keine excusatio a coepta tutela: wenn also Jemand zur Zeit der Delation der Tutel den numerus liberorum noch nicht vollzählig hat, so muß er dieselbe übernehmen und wird auch nicht von ihr befreit, wenn die Zahl späterhin voll wird (61).

Auf der andern Seite kann durch das Verhältniß des Vormundes zum Pflegling eine Beschränkung wenigstens im Gebrauch dieser Excusation geboten sein. Wenn nämlich ein Vater, der drei Kinder und unter diesen einen emancipirten Sohn hat, von letzterem zum curator minoris erbeten und

(57) L. 1. C. h. t.

(58) Vat. Fr. §. 168.

(59) de Buchholtz ad V. Fr. p. 141.

(60) Capitolin. in Marco c. 9. Heinecc. ad L. J. et P. P. II. 8. §. 6.

(61) L. 2. §. 3. de vacat.

als solcher bestellt wird, so würde er seine Pflicht als Vater verletzen, wenn er diesem Sohne gegenüber sich auf ein beneficium berufen wollte, welches von diesem selbst hergenommen ist (62). Er würde also inofficios handeln, und nach älterm Recht wahrscheinlich als unwürdig betrachtet werden können. Bei entferntern Verwandten, z. B. Neffen, gilt aber dieser Grundsatz nicht mehr (63).

Ueber die Anwendung dieser Excusation im heutigen gemeinen Recht ist von jeher viel gestritten worden (64). Für die Anwendbarkeit überhaupt haben zwar Doctrin, Praxis und Gesetzgebung längst entschieden (65), nur über die erforderliche Anzahl kommen Zweifel vor. Erwägt man jedoch, daß die Zahl von fünf Kindern im Römischen Recht bei allen öffentlichen Lasten (66) und der Regel nach selbst bei den Vormundschaften zur Excusation erforderlich war, das besondere Localrecht Rom's und Italien's aber auf speciellen Privilegien beruht, so kann man auch nur jene regelmäßige Zahl von fünf ehelichen, lebenden oder vor dem Feinde gebliebenen Kindern als auf unsern Rechtszustand anwendbar betrachten und

(62) L. 36. §. 1. h. t. Paullus lib. 9. quaestionum... R. Praemium quidem patri, quod propter numerum liberorum ei competit, denegari non oportere: sed cum filio suo curator petatur, contra naturales stimulos facit, si tali excusatione utendum esse tentaverit.

(63) Symmachi ep. 1. 77.

(64) Höpfner Comm. §. 240. Glück Pand. XXXI. S. 223. Schlüter und Wallis jurist. Zeitung für das Königr. Hannover v. 1828. Heft I. N. 1. S. 5 ff. N. 7. S. 105. 107. v. 1829. H. I. S. 2 ff. — Bd. III. H. 2. S. 14. 120.

(65) v. Bülow und Hagemann pract. Erört. III. 3.

(66) Cod. X. 51. de his qui numero liberorum.

diese Meinung ist auch zum Theil in der Praxis (67) und den neuern Gesetzgebungen (68) anerkannt worden.

b. Militairpersonen.

§. 93.

Quelle:

C. V. 65. De excusationibus veteranorum.

In Rücksicht der Privilegien der Militairpersonen überhaupt sind folgende Fälle zu trennen:

I. Was den activen Kriegsdienst betrifft, so werden diensthuende Officiere als reipublicae causa absentes behandelt und deshalb bald für immer, bald auf die Zeit ihres Dienstverhältnisses excusirt (1). Gemeine hingegen werden, selbst wenn sie es wollten, nicht zur Tutel oder Cura zugelassen, gleichviel ob sie durch Testament, Gesetz oder Obrigkeit dazu berufen sind, damit sie ihren Dienst nicht versäumen. Verwalten sie also die Vormundschaft dennoch, so

(67) Rudloff in Schlüter und Wallis jur. Zeitung 1829. H. I. S. 2 ff.

(68) Preuß. Landr. §. 210. 211. Oesterr. Gesetzb. §. 195. Code civ. a. 436. 437. Sächs. V. O. 1, 9. v. Leonhardi Vormundschaftsr. S. 84. de Zwierlein Obss. select. ex jure Germ. de excus. tut. §. 6.

(1) Vat. Fr. §. 145. 222. Officium quoque militare excusat. Nam cum munus emeritum prodest, multo magis cum frequentatur, prodesse debet. Sed si ad tempus reip. causa absit, non in perpetuum, sed ad tempus excusabitur. v. Buchholtz zu §. 145. ist zwar geneigt, das officium militare für den Kriegsdienst überhaupt zu nehmen und folglich auch auf Gemeine zu beziehen, aber sämmtliche Beispiele in §. 222. beweisen das Gegentheil.

können sie nicht tutelae, sondern nur negotiorum gestorum belangt werden (2). — Nach neuern Gesetzen ist diese Excusation gewöhnlich blos eine freiwillige; nur wird oft der Consens der militairischen Obern gefordert (3).

II. Was dagegen die aus dem Dienst **entlassenen Officiere** und **Soldaten** betrifft, so ist zu unterscheiden, ob sie vor oder nach vollendeter Dienstzeit ihre Entlassung erhielten (4).

Diese Dienstzeit ist nach älterm Römischen Recht, in welchem der Kriegsdienst noch als ein Vorrecht jedes freien Römers betrachtet wird, die ganze Zeit der Juventus. Diese beginnt, nach der Verfassung des Servius mit vollendetem tirocinium, oder dem zurückgelegten 17ten Jahre (5), welches Alter Tiberius Gracchus nochmals gesetzlich aussprach (6) und das auch bis auf die christliche Kaiserzeit die Regel blieb, in welcher es durch Constitutionen von Constantin und Constantius zuerst auf das zurückgelegte 16te Jahr herabgesetzt, dann aber auf das zurückgelegte 18te oder gar 19te Jahr erhöht wurde (7). Andererseits endigte die Juventus mit dem 46ten Jahre; mit dem Eintritt in die zweite Hälfte der läng-

(2) L. 4. C. qui dare. cf. §. 14. J. h. t. (L. 23. §. 1. h. t.?)

(3) Preuß. Landr. §. 160. Anh. §. 156. Strombeck §. 3878 b. Oesterr. G. B. §. 191.

(4) C. G. Schwarz Diss. de aetate et statura militari Veterum. Altorfii 1731. 4.

(5) Gell. N. A. X. 25.

(6) Plutarch. in Gracchis. p. 837.

(7) L. 19. 35. 58. C. Th. de decurion. L. 4. C. Th. de filiis militar. L. 1. C. Th. de tiron. et ibi Gothofr.

sten menschlichen Lebensdauer gehörte man zu den seniores(8). Doch finden sich einzelne Beispiele, von Senatsschlüssen, wonach erst mit dem 50sten Jahr militiae vacatio gestattet wurde (9).

Als der Kriegsdienst sich allmählig auf einen besondern Stand beschränkte, wurde die bisherige etwa 30jährige Dienstzeit auf 20 Jahre reducirt (10), wobei es — eine kurze Unterbrechung unter Tiberius abgerechnet (11) — auch noch in späterer Zeit geblieben ist (12). Bei Reitern wird eine kürzere, bei Seesoldaten eine längere Dienstzeit erwähnt (13); ob als bleibende Regel, steht indeß dahin.

Wenn nun Soldaten nach gänzlicher Vollendung dieser vicena stipendia entlassen sind, so haben sie nicht blos eine temporalis vacatio, sondern eine vollständige Excusation gegen alle Tutelen und Curatelen (14), ausgenommen

(8) Gellius N. A. X. 28. Dionys. Hal. IV. p. 221. Polyb. Histor. VI. 19. Censorin. de die nat. c. XIV. Varro. Fragm. p. 368. 369. Bip. Niebuhr R. G. I, 492.

(9) Liv. XLII. 33. Senec. de brev. vitae c. 20.

(10) L. 8. §. 2. h. t. Ἐσθ᾽ ὅτε δὲ οὐ πληροῦσί τινες τὸν τῆς στρατείας χρόνον, (die juventus) καὶ ὅμως ἔχουσιν ἄφεσιν ἐπιτροπῶν κατὰ τὰ αὐτὰ τοῖς πληρώσασιν· ὁ γὰρ εἰκοστὸν ἔτος τῆς στρατείας ὑπερβὰς ὅμοιος εἶναι πιστεύεται τῷ πληρώσαντι τὸν τῆς στρατείας χρόνον.

(11) Tacit. Ann. 1. 36. 78.

(12) L. 1. C. h. t. L. 3. C. de his, qui non implet. stip. L. 1. C. Th. de tiron. Die Dienstzeit der Cohortalen s. in L. 1. C. Th. de cohort.

(13) Haubold Juris Rom. testimonia de militum honesta missione. Lips. 1818. Tabb. V. — VII. IX. Spangenberg. tabb. neg. sollennium. in adp.

(14) Vat. Fr. §. 140.

gegen die der Cameradenkinder, von welchen sie wenigstens eine zur Zeit übernehmen müssen (15).

Eine Ausnahme dieser Wirkung tritt ein, wenn der Soldat nicht in der Armee, sondern in der Stadt unter den vigiles, d. h. der nächtlichen militairischen Feuerwache (16) seine 20jährige Dienstzeit vollendet hat; in diesem Fall nämlich hat er nur die gewöhnlichen Privilegien der reipublicae causa absentes, nämlich eine annalis vacatio gegen neue Tutelen (17).

Eine zweite aber sehr bestrittene Ausnahme bezieht sich auf die militia in cohorte. Cohors und Cohortales sind nämlich Beamte im Bureau des Praefectus Praetorio und der ihm untergebenen Judices provinciales (18). Ihr Dienst wird zwar ebenfalls militia genannt, aber unter dem Namen der cohortalis militia der armata ausdrücklich entgegengesetzt (19). Sie haben nämlich die Privilegien dieser letztern nicht, sondern nach einer ältern Constitution befreit sie nicht einmal honesta missio von öffentlichen Lasten und dem Decurionat. Constantin hob dieses Recht als zu hart auf und gab ihnen wenigstens nach 25jähriger Dienstzeit eine un-

(15) L. 8. pr. §. 10. h. t. L. 2. C. h. t.

(16) L. un. §. 1. de B. P. ex test. mil. Ulp. III. 5. L. 1. 3. pr. de off. praef. vigilum. Sueton. Octav. c. 25. Dio Cass. LIV. 522. LV. 566. Brisson. ant. sel. lib. II. c. 8.

(17) Vat. Fr. §. 144. L. 8. §. 4. 5. h. t.

(18) Jac. Gutherius de off. dom. Aug. II. 15. p. 340 seqq. Gothofr. ad L. 1. C. Th. de cohortalib. Tom. II. p. 496.

(19) L. 4. 5. C. Qui militare possunt. L. 13. C. de cohort.

bedingte vacatio (20). Nach einer Constitution Valentinian's und seiner Mitregenten vom Jahr 389 ist jedoch wenigstens für die Unterbeamten der Provinzialmagistrate wieder der strengere Grundsatz eingetreten, daß sie nicht eher entlassen werden sollen, als bis sie das Amt eines Primipilaren verwaltet haben (21). Aus diesem Allen erhellt also, daß sie die Privilegien wirklicher Legionssoldaten bei Weitem nicht haben und also auch nach 20jähriger Dienstzeit noch keine Befreiung von öffentlichen Lasten ansprechen können. Hierauf bezieht sich die

L. 3. C. de his qui non impletis stipendiis sacramento soluti sunt. (Impp. Diocl. et Maxim.) Veteranis ita demum onerum et munerum personalium vacatio jure conceditur, si post vicesimum annum militiae, quam in legione vel vexillatione militaverint, honestam vel causariam missionem consecuti esse ostendantur. Unde cum te in cohorte militasse commemores, intelligis supervacuo vacationem tibi velle flagitare.

Cujacius erklärt diese Stelle so: da nur eigentliche Soldaten nach 10jähriger Dienstzeit eine vacatio haben, so würden Cohortalen sich vergeblich um eine solche bemühen, weil sie theils keine eigentliche Soldaten sind, theils mit 20 Jahren ihre Dienstzeit noch nicht vollendet haben (22). Allein

(20) L. 1. C. Th. de cohort.

(21) L. 7. C. de cohort. cf. L. 14. C. eod.

(22) Cujac. ad tres postrem. libros C. ad L. 3. de his, qui non implet. stip.

abgesehen davon, daß das Verhältniß der Cohortalen unter Diocletian noch nicht so ausgebildet war, müßte das Wort supervacuo in einer ungewöhnlichen Bedeutung für frustra genommen werden. Bartolus und Voet erklären nun zwar die Stelle so, daß die ganze Ausnahme wegfällt; sie verstehen nämlich unter der cohors nicht das Bureau (23), sondern die Abtheilung der Legion (24) und unter in cohorte militare so viel wie unter in legione seu vexillatione militare. Diocletian habe also sagen wollen: da Soldaten nach 20jähriger Dienstzeit schon ipso jure vacatio hätten, so sei eine Bitte um eine solche ganz unnöthig (25). Allein weder die Fassung, noch die Stelle des Rescripts im Codex paßt zu dieser Erklärung. Alle Schwierigkeiten heben sich aber, wenn man die Cohorten, von denen hier die Rede ist, auf die cohortes urbanae oder Garden bezieht deren Mitglieder (milites urbaniciani) nach einer Stelle Ulpian's allerdings schon dann eine immerwährende Immunität erlangen, wenn sie vor vollendeter 20jähriger Dienstzeit entlassen sind (26).

So verhält es sich, wenn Soldaten nach vollendeter Dienstzeit entlassen werden. Werden sie hingegen vor Vollendung derselben ihres Eides entbunden, so haben sie nur eine temporalis vacatio, welche sich nach der Dauer ihres Dienstes richtet, dergestalt, daß sie, wenn sie noch nicht 5

(23) L. 12. C. de cohort.

(24) Gellius N. A. XVI. 4. Veget. II. c. 6.

(25) Io. Voet. de jure militari c. 3. §. 11.

(26) L. 8. §. 9. h. t. Plane si quis in cohortibus urbanis permilitavit, licet ante viginti annos mittatur, tamen perpetuam habet a tutelis excusationem.

Jahre gedient haben, gar keine vacatio ansprechen können, wenn sie 5 bis 8 Jahre dienten, eine einjährige, wenn 8—12 Jahre, eine zweijährige, wenn 12—16, eine dreijährige, wenn 16—20 Jahre, eine vierjährige Befreiung erlangen (27).

So viel sowohl über die bleibende, als die blos vorübergehende Immunität der Veteranen. Beide sind jedoch an gewisse allgemeine Bedingungen geknüpft, welche nunmehr noch nachzutragen sind.

Zunächst darf nämlich die Entlassung keine ignominiosa gewesen sein, denn schimpflich entlassene haben weder den Namen, noch die Rechte der Veteranen, d. h. sie können sich weder von den Tutelen über Paganenkinder entschuldigen, noch können andere Veteranen gezwungen werden, die Tutel der Kinder schimpflich entlassener Soldaten zu übernehmen, da diese keine Cameradenkinder sind (28). Indeß ist den ignominia missis doch nur die freiwillige Excusation versagt, eine nothwendige dagegen kann auch bei ihnen vorkommen. Da sie nämlich in der Mission aus dem Angesicht des Kaisers verbannt worden (29), so dürfen sie sich in Rom nicht aufhalten und sind daher auch nothwendig von allen urbicis tutelis entschuldigt (30). Der Begriff der ignomi-

(27) Vat. Fr. §. 177. L. 8. §. 3. h. t. L. 1. C. h. t.

(28) L. 8. §. 1. h. t. Die sinnlose Uebersetzung des alten Interpres, die noch Haloander hat, ist von Kriegel offenbar richtig emendirt worden. cf. Kriegel l. c. p. 54. n. 284. L. 8. §. 5. eod. L. 1. C. de his, qui non implet. stip. L. un. C. de imfamibus.

(29) L. 2. §. 4. de his qui not. L. 13. §. 5. de re milit. L. 3. eod. Marezoll üb. die bürg. Ehre. S. 210.

(30) Ulpian. ap. Modestin. L. 8. §. 9. h. t. i. e. Vat. Fr. §. 177.

niosa missio ist hier übrigens derselbe wie in der Lehre von der Infamie; sie besteht nämlich in einer öffentlichen oder thätlichen Erklärung, daß ein Soldat eines Verbrechens wegen exauctorirt werde (31), mag diese Erklärung nun mit einer beschimpfenden Form der Cassation, oder mit einer ausdrücklichen Angabe, daß die Entlassung ignominiae causa geschehe, begleitet sein, oder nicht. Jede andere Exauctoration gilt hier als eine honesta, und giebt den Character eines veteranus, welches also nicht nur von der Mission, welche nach vollendeter Dienstzeit (missio honesta) (32) oder auch vorher durch kaiserliche Gnade ertheilt wird (missio gratiosa) (33), sondern auch von der missio causaria wegen Dienstunfähigkeit gelten muß (34). Ob auch solche, die sich widerrechtlich in das Militair eingeschlichen haben und deshalb daraus wiederum entfernt werden müssen, dieselben Privilegien haben, ist freilich nicht entschieden, aber doch wohl zu behaupten, weil die Mission hier ebenfalls im allgemeinen Sinn eine honesta ist (35).

Ferner ist es bestritten, ob die Privilegien der Veteranen sich blos auf gemeine Soldaten oder auch auf Befehlshaber beziehen, weil nämlich der Begriff der Mission eigentlich nur auf die militia caligata anwendbar ist (36). Allein aus

wahrscheinlich aus dem lib. sing. de off. praet. tut.

(31) L. 2. pr. §. 2. de his qui not. L. 13. §. 3. de re milit.

(32) L. 2. §. 2. de his qui not.

(33) Livius XLIII. 14.

(34) L. 13. §. 3. de re milit. L. 6. C. eod. 2. C. de iis, qui non impletis stipend.

(35) L. 2. §. 2. de his qui not. L. 4. §. 8. de re milit.

(36) L. 21. de testam. mil.

Gründen, die in der Natur der Sache selbst liegen, haben von jeher die angesehensten Juristen die Ausdehnung behauptet (37) und diese Meinung wird jetzt noch durch das ausdrückliche Zeugniß der Vaticanischen Fragmente bestätigt, daß das officium militare emeritum eine Befreiung gebe (38).

Endlich ist noch zu bemerken, daß die Söhne der Veteranen, obwohl sie in manchen andern Fällen die Standesprivilegien ihrer Väter theilen (39), doch auf diese vacatio a tutela keinen Anspruch haben, da sie, als eine Belohnung der Dienstzeit, weit mehr höchst persönlicher Natur ist, wie die übrigen dem Stande gegebenen Vorzüge, z. B. die Handelsfreiheiten und die Standesprivilegien bei Straffällen (40).

III. Inquilini castrorum oder in castris merentes haben ebenfalls eine Excusation gegen Tutelen über Kinder aller Ungenossen (41).

IV. Endlich erwähnen die Vaticanischen Fragmente noch eine Excusation derer, welche zu der Centurie der accensi velati gehören (42), unter der aber schwerlich noch

(37) Cujac. ad African. Tract. IV. ad L. 21. de test. mil. Schulting. Notae ad L. 21. cit. Tom. V. p. 116. ed. Smallenburg.

(38) Vat. Fr. §. 145. 222.

(39) L. 3. de veteranis. L. 5. C. de poen. L. 9. C. Th. de veteran.

(40) Vat. Fr. §. 143. L. 8. §. 2. de vacat. Papinianus lib. 36. quaest. Vacationum privilegia non vetant liberos veteranorum. Vetant erklärt Otto Obss. 1. c. 5. richtig durch arcent, excusant, so daß die Variante spectant, oder die Emendation velant oder levant entbehrlich ist. Glück Pand. XXXI. S. 438. Note 99.

(41) L. 17. §. 1. L. 23. §. 1. h. t. cf. Schulting. Notae ad h. l.

(42) Vat. Fr. §. 138. Ii, qui in centuria accensorum velatorum sunt, habent immunitatem a tutelis et curis.

die der alten Servianischen Verfassung angehörende (43) gemeint sein dürfte, da in späterer Zeit accensi velati vorkommen, die zugleich andere sehr hohe Würden bekleiden (44).

c. Primipilaren.

§. 94.

Mit den Privilegien der Veteranen stehen die der Primipilaren im Zusammenhange (1).

In der ältern Kriegsverfassung bedeutet primipilus den ersten Centurio der Legion (2). Da diesem wahrscheinlich die Vertheilung des Proviants oblag (3), so gewöhnte man sich später den Proviant oder die annona militaris selbst primipilum (4), und das Amt des mit der Sorge für denselben beauftragten Beamten primipilatus (5), so wie diesen selbst primipilarius oder primipilaris zu nennen (6). — In späterer Zeit waren es aber gewisse Cohortalen der Provinzialvorsteher,

(43) Festus v. adscriptitii und Cic. de re publ. II. 22. Livius I. 43. Forcellini v. accensus.

(44) Gruter. CCCCLXXXIII, 6. CCCCLXXXV, 6. DCXXIV. c. 2. Niebuhr R. G. I, 496—498.

(1) Cujac. ad L. 3. C. de cohort. Gothofr. ad L. 6. C. Th. eod. Pancirol. ad N. D. Or. c. 21.

(2) Liv. VII. 41. Dionys. IX. p. 567. Veget. de re milit. II. c. 8. 21. Suidas. Tom. III. p. 173.

(3) Theodor. Hermopolit. IX. c. 9. πριμίπιλον ἐςὶ τὸ τοῖς πρώτοις ἀκοντιςαῖς ςρατιώταις διδόμενον σιτηρέσιον, ἵνα διανείμῃ τοῦτο αὐτοῖς.

(4) Glossae Basil. πριμιπίλουμ ςρατιωτικὴ ἄννονα.

(5) L. 1. C. de primipilo.

(6) L. 6. C. Th. de cohort. Primipilaribus qui ad pascendos milites sollenniter ad limitem destinantur . . . . ., qui ex more susceptas omnes alimonias ad limitem pervehebant.

welchen die Sorge für die Zufuhr nach den Grenzen hin oblag und es war ausdrücklich verordnet, daß kein Cohortale eher entlassen werden solle, bis er das Amt des Primipilars die erforderliche Zeit hindurch bekleidet hat (7).

Während der Dauer des Amts ist nun der Primipilar von allen Tutelen frei, nach Beendigung desselben hat er aber ebenfalls ein Privilegium: er braucht nämlich dann keine Tutel über Kinder eines Ungenossen zu verwalten. Dieses Privilegium beginnt mit Hadrian, ist aber erst späterhin allgemeine Regel geworden (8). Wenn jedoch der Primipilar in sein Amtsverhältniß wieder eintritt, so deponirt er auch die Tutel über Collegenkinder (9). — Die Söhne von primipilares (primipilarii in diesem Sinn (10)) haben das Privilegium nicht (11).

d. Athleten.

§. 95.

Athleten oder Kämpfer, welche in den feierlichen Wettkämpfen dreimal und darunter einmal zu Rom oder im alten Griechenlande (1) den Preis errungen haben, ohne daß ihre Antagonisten bestochen gewesen sind, bekommen außer andern

(7) L. 7. C. de cohortal.

(8) Vat. Fr. §. 141. 143. 178. 180. L. S. §. 12. de excus.

(9) L. 10. §. 5. h. t.

(10) Gothofr. Parat. ad Tit. C. Th. de cohortal.

(11) Vat. Fr. §. 143.

(1) Cujacius (Comm. ad L. un. C. de athl.) versteht darunter Großgriechenland, s. aber Suet. Nero. c. 24. 25.

pecuniairen Vortheilen (2), auch die vacatio munerum civilium (3), so wie die Befreiung von Vormundschaften (4). — Gewöhnliche Schauspieler haben diese Privilegien nicht, so wie sie auch nicht die Ehre der Kämpfer theilen (5).

4. Zusammentreffen mehrerer unvollständiger Excusationsgründe.

§. 96.

Wenn Jemand mehrere Excusationsgründe hat, von denen aber jeder einzelne nicht ganz vollständig ist, z. B. zwei Tutelen, zwei Kinder und 60jähriges Alter, so entsteht die Frage, ob ihm nicht wenigstens das Zusammentreffen dieser mehrern Gründe eine Entschuldigung zu gewähren vermöge? Ueber diese Frage haben nicht blos die Ansichten der Gesetzgebung, sondern auch die der juristischen Theorie geschwankt (1).

In einer Stelle der Vaticanischen Fragmente führt nämlich Paullus ein Rescript der Fratres an den Sentius Potitus an, nach welchem eine solche Concurrenz unvollständiger Excusationen allerdings eine Entschuldigung gewähren soll (2).

Dagegen vertheidigt nicht blos Ulpian und Modestin die entgegengesetzte Ansicht, sondern dieselbe ist auch in einer

(2) L. 40. de re jud. L. 5. C. quae res pign. Suet. Aug. c. 43. 45.

(3) L. un. C. de athletis. Arnob. adv. gent. lib. IV. c. 36.: exoletis atque irrisoribus numinum dona instituuntur et munera, *ab officiis ocium publicis, immunitas et vacatio* cum coronis.

(4) L. 6. §. 13. h. t.

(5) L. 4. pr. de his qui not.

(1) L. 15. §. 11. h. t.

(2) Vat. Fr. §. 245.

Constitution von Sever und Caracalla vom J. 206 an den Pompejanus gesetzlich ausgesprochen, und durch Aufnahme dieser letztern Stellen zur herrschenden Ansicht im Justinianischen Rechtsbuch erhoben worden (3). Wenn wir also noch bei Paullus (4) die entgegenstehende Meinung finden, so muß dieselbe entweder daraus erklärt werden, daß er sein Buch de officio Praetoris tutelaris vor dem Jahr 206 geschrieben, oder aber angenommen werden, daß er nur von einer Ausnahme, vielleicht einem speciellen Fall reden wollte.

D. Gründe der Potioris Nominatio.

§. 97.

Quelle:

Paullus R. S. II. 28. de potioribus nominandis 30. ad Orationem Divi Severi.

Auch bei der Potioris Nominatio kommt es, wiewohl in einem andern Sinn wie bei der Excusation, auf das Dasein gewisser Gründe, (causae nominati potioris (1)) d. h. gewisser Eigenschaften des Nominatus an, welche ihn als tüchtiger, wie den Nominanten darstellen und sonach die Nomination hinreichend motiviren.

Im ältern Recht scheint die Beurtheilung der Vorzüge des Nominatus lediglich dem Ermessen des Gerichts anheim gestellt gewesen zu sein.

(3) L. 9. §. 3. de vacat. L. 15. §. 11. h. t. L. un. C. qui num. tut.

(4) Vat. Fr. §. 245. „interdum excusari solent."

(1) Paullus II. 28. 1.

Die Oratio Severi über das Vormundschaftswesen vom 13ten Juni 948 (195 nach Christus), von welcher ein anderer Abschnitt weiter unten vorkommen wird (2), setzte jedoch dieser Willkühr in der Nomination feste Schranken. Folgende Bestimmungen derselben gehören hierher:

1) Der Genannte muß zu denjenigen Personen gehören, welche selbst keinen potior wieder nennen können, denn die Oratio Severi fürchtet besonders die Weitläuftigkeit, welche eine potioris nominatio durch mehrere Grade hindurch zur Folge haben würde. Er muß folglich zu den nächsten Graden der Cognaten oder Affinen, den Freigelassenen, Decurialen oder Collegen des Pupillen oder des Vaters desselben gehören. Dagegen macht das blos nachbarliche Verhältniß Niemanden zum potior, da Nachbarn immer noch einen Näheren nennen können (3).

2) Außerdem muß aber der Genannte noch in guten Vermögensumständen, von unbescholtenem Ruf, und nicht vom Ort der Tutel entfernt sein (4), weil derselbe sonst

(2) de Buchholtz ad Vat. Fr. §. 158. Wenck Praef. ad Haubold. Opusc. II. p. XXXII. N. **

(3) Vat. Fr. §. 158. Promiscua facultas potiores nominandi, nisi intra certos fines cohibeatur, ipso tractu temporis pupillos fortunis suis privabit: cui rei obviam ibitur P. C. si censueritis, ut collegae patris sive pupilli in decuria vel corpore, item cognati vel affines, qui lege Julia et papia excepti sunt, potiorem non nominent; ceteri cognati vel affines amicive atque municipes eos tantummodo nominent, quos supra complexus sum, vicinitatis autem jure nemo potior existimetur.

(4) Vat. Fr. §. 157. 158. 166. 210.

sonst immer noch einen magis potior nennen (5), ja sogar nicht einmal als potior betrachtet werden kann (6).

Unter den neuern Gesetzgebungen enthält die französische den mit der Römischen potioris nominatio verwandten Satz, daß Nichtverwandte zur Uebernahme der Vormundschaft nicht gezwungen werden können, so lange in der Nähe sich Verwandte oder Verschwägerte finden, die sie führen können (7).

IV. Ausnahmen der Excusation und Nomination.

A. Gesetzliche Hindernisse.

§. 98.

Quelle:

Paullus II. 29. Qui potiores nominare non possint.

In mehreren Fällen darf ein Vormund auch eine an sich vollkommen gültige Excusation und Nomination ausnahmsweise nicht geltend machen. Ein gesetzliches Hinderniß dieser Art begründen zunächst gewisse officia und obsequia (1) des ernannten Vormundes gegen den Pflegbefohlenen oder dessen Vater. Quellen dieses Grundsatzes sind zwei Orationes von

(5) Vat. Fr. §. 206.

(6) Vat. Fr. §. 157. Tunc demum excusandus est, qui prius datus fuerat, si is, quem nominaverit et potior necessitudine et idoneus re fideque, nec absens deprehendatur. Paullus II. 28. §. 2.

(7) Code civ. a. 432.

(1) Th. I. S. 40. 41.

Marc Aurel und Verus und von Sever, wovon erstere auf die Excusation, letztere dagegen auf die Nomination geht.

Die einzelnen die Excusation und Nomination hindernden Verhältnisse sind folgende:

I. Clientel. Während der Patron gesetzlicher Tutor des Freigelassenen ist, aber die Vormundschaft auf jede Weise ablehnen kann, so ist dagegen der Freigelassene zwar nicht von selbst Tutor oder Curator des Patrons oder der Descendenz desselben, aber, wenn er dazu bestellt wird, vermöge des seinem Patron schuldigen obsequii zur Uebernahme der Vormundschaft verpflichtet (2).

Quelle dieses Rechtssatzes ist ein S. C. ad Orationem Marci et Veri, welches jedoch oft dem erstern allein zugeschrieben wird (3).

Die Descendenten des Manumissors, welchen der Freigelassene die Uebernahme der Tutel schuldig ist, sind verschieden, jenachdem jener ein Mann oder eine Frau ist. In jenem Fall ist es die ganze patronatsfähige Descendenz, also die Söhne und Töchter und die fernern Descendenten durch Mannsstamm, Enkel, Urenkel u. s. w., auf welche mit dem Namen auch die Ansprüche gegen die Freigelassenen übergehen. In diesem Fall hingegen sollte eigentlich das Privilegium gar nicht Statt finden, weil eine Patrona gar keine patronatsfähige Descendenz haben kann, da sie selbst finis fa-

(2) Paullus II. 29. 1. V. Fr. §. 160. 211. 220. 224. L. 14. de tut. dat. L. 14. pr. §. 1. h. t. L. 5. C. h. t.

(3) Capitolin in Marco. c. 11. Leges addidit de tutelis libertorum. L. 5. C. h. t. de Buchholtz ad Vat. Fr. §. 220.

miliae ist. Allein die Oratio Divi Marci redet von liberis und libertis patroni und patronae, folglich auch von mütterlichen Freigelassenen. Da dies jedoch schon an sich eine Anomalie ist, so hat die Interpretation den Ausdruck mit Recht streng genommen und ihn blos auf Söhne und Töchter der Patrona eingeschränkt, bei allen entferntern Descendenten aber wieder gemeines Recht eintreten lassen, d. h. die Excusation oder Nomination gestattet. Diese Sätze werden durch folgende Stellen bewiesen:

Vat. Fr. §. 224. Papinian. lib. XI. quaestionum respondit, verbis orationis Fratrum libertum, etsi ob aliquod privilegium a tutelis vacet, *patroni* tamen *patronaeque liberorum* tutor ut deligatur conpraehensum. In numero liberorum pronepos patroni sine dubio continetur (4). Sed potest dici, non aliis patroni liberis libertum hoc debere, quam qui jure patroni hoc sperare possunt (5): et ideo neque patronae nepotis tutelam administrare compellendum privilegio subnixum, neque pupilli, qui ex filia patroni venit, quia vacatione praeter liberos patronorum, qui per virilem sexum descendunt, liberti fruuntur.

Vat. Fr. §. 211. Ulp. lib. singulari de off. pr. tut. In dem oben S. 14. Note 10. mitgetheilten Anfange

(4) Wahrscheinlich war der pronepos gerade in der Anfrage genannt.

(5) Hieraus ist wahrscheinlich L. 14. de tut. dat. genommen. Pap. lib. XII. (XI.?) quaestionum: Libertus non aliis patroni patronaeve liberis tutor esse cogitur, quam qui jura patronatus sperare possunt.

dieser Stelle war gesagt, daß von der Mutter ernannte und confirmirte Vormünder einen potior vorschlagen dürften. Dies soll nun selbst dann gelten, wenn die Mutter Patroninn des Vormundes ist, vorausgesetzt, daß sie den letztern nur nicht für ihren Sohn, sondern für einen entferntern Descendenten ernannte. Hiernach ist nun so zu restituiren: Sed hoc erit *servandum etsi liberti a patrona sive nepoti sive* alio (sic (6)) virilis sexus per virilem sexum descendenti *fuerint tutelae vel* curae destinati. Nam et Papinianus respondit (7), libertum a patro*na nepoti de*stinatum tutorem posse potiore nominarem.

Vat. Fr. §. 220. Idem eod. lib. Memini itaque, me suadente, *a . . . praetore tutelari* Alcimum libertum maternum Furi Octavi c. v. *in cura fuisse detentum* cum tutelam ejus administrasset, necessariusque ad*olescentis curatorem eum nominasset*; nam et liberti materni in pari sunt conditione. Oratio enim Dei Marci ita scribta (8) est, ut patroni patronae*que* libertus tutor deligi possit, etsi aliquo privilegio subnixus sit.

L. 14. pr. §. 1. de excus. Modestin. lib. V. excus. *Ἀπελεύθερον, ἐν τῷ λόγῳ τῷ περὶ ἀφέσεως ἐπιτρόπων καὶ κουρατόρων, εἰδέναι δεῖ, ὅτι οὐ μόνον τοῦ πατρὸς τοῦ ὀρφανοῦ, ἀλλὰ καὶ μητρὸς νοεῖσθαι χρή.* §. 1. *Καὶ*

(6) vgl. Forcellini v. alius in fin.

(7) Vat. Fr. §. 211.

(8) Vat. Fr. §. 211.

ὁπόταν δὲ ζητῶμεν περὶ παίδων πάτρωνος εἰδέναι χρὴ, ὅτι τὴν προσηγορίαν ταύτην οὐκ ἐν τῷ πρώτῳ βαθμῷ ςήσομεν, τοῦτ' ἔςιν υἱὸν καὶ θυγατέρα, ἀλλὰ καὶ ἐγγόνους ἐξ ἑκατέρου (9) καὶ τοὺς ἐφεξῆς.

Die Art der Vormundschaft und ihrer Entstehung ist übrigens ganz gleichgültig.

Auch die Gründe der Excusation machen keinen Unterschied (10); wenn also der Libertus auch bereits drei Tutelen verwaltet (11) oder schon die Tutel der Kinder seines Patrons administrirt hat (12) und nun zum Curator ernannt wird, so darf er sich doch nicht excusiren. Selbst wenn er untüchtig ist, also eine s. g. excusatio necessaria hat, kann er selbst sich nicht weigern, wiewohl die Obrigkeit ihm einen Curator adjungiren und ihn removiren kann (13). Auf die Potioris Nominatio scheint jedoch die Oratio erst durch Interpretation bezogen worden zu sein.

Die Wirkung einer Ueberschreitung der Oratio ist übrigens die, daß der Freigelassene, welcher die Tutel ablehnen will, als undankbar (ingratus) behandelt und der Administra-

(9) Diese Worte muß man freilich nicht mit dem alten Interpres durch „ex utroque latere" übersetzen, sondern mit den Basil. XXXVIII. 1. 14. durch ἑκατέρας φύσεως erklären, weil sonst Vat. Fr. §. 224. entgegenstehen würde.

(10) Vat. Fr. §. 152.

(11) L. 14. §. 4. h. t. Ἐὰν πολλοὶ ἀπελεύθεροι ὦσιν, εἷς ἁπάντων τοῖς τέκνοις ἐπίτροπος δοθήσεται, καὶ ἀπὸ τριῶν ἐπιτροπῶν οὐκ ἀπολυθήσεται. Der alte Interpres übersetzt: a tribus tutelis non absolvetur; besser erklären die Basil. XXXVIII. 1. 14. καὶ τρεῖς ἐπιτροπαὶ οὐ περιποιοῦσιν αὐτῷ ἄφεσιν.

(12) L. 5. C. h. t. Vat. Fr. §. 220.

(13) Paull. II. 29. 1. L. 45. §. 4. h. t.

tion dennoch nicht entledigt wird (14). Sobald jedoch die Manumission nicht als eine Wohlthat des Patrons betrachtet werden kann, fällt auch der Zwang zur Uebernahme der Tutel gänzlich hinweg. Dies ist nun aber namentlich der Fall:

1) Wenn der Manumissor ihn nicht aus eigenem Antriebe, sondern blos vermöge eines ihm von einem dritten hinterlassenen Fideicommisses der Freiheit manumittirte. Ein solcher Manumissor zahlt blos die Freiheit, aber schenkt sie nicht und hat daher (mit alleiniger Ausnahme des Verbotes der in jus vocatio) nur Rechte am Vermögen des libertus, weshalb er ihm auch seine Excusationsprivilegien nicht entziehen kann (15).

2) Wenn der Manumissor blos iterirte, nachdem bereits ein Anderer dem Sclaven die Latinität verschafft hatte, so hat jener ihm zwar auch einen Theil der vollkommenen Freiheit, nämlich das jus Quiritium, d. h. die Civität verliehen; da jedoch die Latinität der wesentlichere Bestandtheil der Freiheit ist, so braucht er blos die Tutel der Kinder desjenigen zu übernehmen, der ihn zum Latinus machte, nicht aber dessen, der iterirte. Eine gute Analogie giebt das Recht der munera. Der Freigelassene gilt nämlich als originarius oder civis nur in der Vaterstadt desjenigen, welcher ihn unvollkommen freiließ, nicht aber des Manumissors, der ihm das jus Quiritium gab. Er muß folglich auch nur an jenem, nicht an

(14) Paull. lib. 1. R. S. L. 19. de jure patr. Ingratus libertus est, qui patrono obsequium non praestat, vel res ejus, filiorumve tutelam administrare detrectat.

(15) Vat. Fr. §. 225. i. e. L. 24. h. t. Papin. lib. XI. Quaest.

diesem Ort die Municipallasten tragen, wie Marcus rescribirt hat (16).

3) Wenn der Sclav mit seinem eigenen Gelde angekauft und alsdann manumittirt ist, so ist ihm die Freiheit ebenfalls nicht geschenkt, sondern von ihm selbst erworben. Er ist daher auch hier dem Manumissor keine persönliche Verbindlichkeiten schuldig (17).

Dagegen ändert eine Standeserhöhung des Libertus, der Erwerb des jus aureorum annulorum in seinem Verhältniß zum Patron überhaupt nichts, sondern nur in den allgemeinen Standesrechten im Verhältniß zu dritten Personen (18), folglich wird ein solcher, wie Marcus rescribirt hat, zur Uebernahme der Vormundschaft dennoch gezwungen (19).

II. Cognation. Auch die Cognation des ernannten Vormundes mit dem Pflegbefohlenen gehört zu den Officiis, welche eine Ablehnung der deferirten Vormundschaft verbieten. Doch muß in dieser Rücksicht noch zwischen Excusation und Nomination unterschieden werden.

Die Excusation ist überall, selbst in den nächsten Graden der Cognation, nicht geradezu verboten (20). Aber der Cognat, der sich ihrer bedient, macht sich einer Inofficiosität schuldig, welche Enterbung oder Ereption der Intestaterbschaft zur Folge haben kann (21). Doch gelten diese Nachtheile nur

(16) Vat. Fr. §. 221. wo für ut: ubi zu emendiren ist.

(17) L. 14. §. 3. h. t.

(18) L. 44. h. t. s. o. S. 34. 35.

(19) Vat. Fr. §. 226. L. 14. §. 2. h. t.

(20) L. 36. §. 1. h. t. L. 30. §. 2. eod.

(21) L. 36. §. 1. h. t L. 4. de cur. fur. Nov. 115. c. 3. § 12. vgl. §. 73. 92. S. 145.

bei der Ablehnung einer Cura, nicht bei der Excusation der Tutel und diese Einschränkung hat im Römischen Recht ihren Grund darin, weil den Cognaten bei der Tutel schon eine andere Pflicht, nämlich die der Petitio oblag, deren Vernachlässigung ebenfalls mit jenen Strafen bedroht war(22). — Manche deutsche Gesetze haben freilich auch bei der Tutel das Recht der Cura angenommen (23).

Die Nomination eines bessern hingegen ist den Cognaten durch die Oratio Severi geradezu verboten. Doch begreift dieses Verbot nicht alle, sondern nur die nächsten Cognaten, wobei die nähern Bestimmungen aus der lex Julia oder Papia hergenommen sind (24), so daß dieselben Personen, welche aus ihren Testamenten solidi capacitas haben(25), auch die Vormundschaft über einander nicht ablehnen dürfen(26). Daß übrigens unter den verschiedenartigen Bestimmungen des Umfangs der Cognation gerade diese beiden leges zum Muster genommen sind, hat seinen Grund wohl nur darin, daß sie zufällig die letzten waren, welche darüber ausführliche Grundsätze enthielten.

Welche Cognaten aber in der lex Julia als exceptae personae genannt waren, berichten die Vaticanischen Fragmente in folgenden zum Theil von Klenze ergänzenden Stellen:

Vat. Fr. §. 216. 217. Item. Excipiuntur autem

(22) Thl. I. S. 420. 434. Thl. II. S. 145. 146. Symmachi ep. I. 77.

(23) Nürnberg. Reform. v. 1564. Tit. XXXIX. 4. §. 2. Würzb. L. G. O. III. 4. §. 10.

(24) Vat. Fr. §. 215. „cognatus alterutra lege exceptus."

(25) Ulp. XVI. 1. Sozomenus hist. eccl. 1. 9.

(26) Vat. Fr. §. 158. 214. 215.

lege quidem Julia cognatorum sex gradus et ex septimo sobrino sobrinave natus; sed et nata per interpretationem; item qui in horum potestate sunt, quaeve in matrimonio, vel hii, qui *sunt cognatarum nostrarum* hoc gradu nos contingentium mariti, *vel eorum, qui sunt in potestate* nostra cognati contingentes eos ea cognati*one*, *quae illum gradum* non excedit, item nuptarum nobis *cognati non excedentes eundem* gradum, vel nostri cognati ab uxoribus nostris, *iisve qui in potestate nostra constituti sunt.*

Hiernach sind aber folgende Cognaten privilegirt:

1) Unsere eigenen Cognaten der sechs ersten Grade in aufsteigender, absteigender und der Seitenlinie (448 Personen) (27) außerdem aber noch zwei Personen (aus den 1024 Cognaten) des siebenten Grades, nämlich die Söhne und Töchter unserer Sobrinen (28).

2) Ferner diejenigen Personen, welche der Potestas eines Cognaten dieser Grade unterworfen (z. B. Söhne und Töchter), oder welche durch Ehe mit ihnen verbunden sind (29).

3) Endlich die Cognaten (der 7 ersten Grade) unserer Kinder und Ehefrauen, so wie umgekehrt im Verhältniß zu unsern Hauskindern und Ehefrauen auch unsere eigenen Cognaten excipirt sind.

(27) L. 10. §. 17. de grad.

(28) L. 10. §. 18. eod.

(29) Ueber die Gründe dieser von der lex Cincia (Vat. Fr. §. 301.) abweichenden Bestimmung vgl. Klenze's Familienrecht der Cognaten und Affinen. S. 101—107.

Die entferntern Cognaten können zwar immer noch einen Potior nennen, doch müssen sie einen jener Privilegirten wählen. (§. 97.)

III. Affinität.

Auch von der Vormundschaft über einen Affinen darf man sich weder allgemein excusiren, noch einen Potior dazu vorschlagen.

Das Verbot der Excusation beruht auf einer epistula Divi Hadriani au den Claudius Saturninus, welche von obrigkeitlicher Bestellung redete, aber durch Interpretation und ein Rescript von Pius auf testamentarische Datio ausgedehnt wurde.

Vat. Fr. §. 151. 223. Hi qui muniti sunt aliquo privilegio, aliquando non admittuntur ad excusationem, velut si minor sit annis XXV adfini datus tutor et aliquem usum rerum habeat hereditariarum.

Wenn also Jemand ein übrigens ganz begründetes Excusationsprivilegium hat, so soll er sich desselben doch nicht bedienen dürfen, sobald der Pflegbefohlene sein Affinis ist. Namentlich wenn der Vormund minorenn ist, so darf er sich, obgleich minor aetas sonst ein gültiger Excusationsgrund ist, doch seinem Affinen gegenüber nicht auf dieselbe berufen. Indeß tritt dieses Verbot doch nur dann ein, wenn er „aliquem usum rerum hereditariarum" hat. v. Buchholtz versteht unter den res hereditariae das Erbe oder Vermögen des Pupillen und unter dem usus eine „notitia exercitatione adquisita" eine Geschäftskenntniß des Tutors. Un-

gezwungener dürften die res hereditariae auf das eigene Erbe des Vormundes zu beziehen und die Stelle so zu erklären sein, daß der Minorenne, wenn er einiges ererbtes Vermögen besitzt, die Vormundschaft über seinen Affinen annehmen muß, wenn er hingegen seinen Unterhalt sich verdienen muß, die Vormundschaft der Affinität ungeachtet ablehnen darf. Im Justinianischen Recht giebt minor aetas keine freiwillige Excusation mehr, daher ist die ganze Stelle hier weggelassen worden.

Das Verbot der Potioris Nominatio hingegen gründet sich auch bei den Affinen auf die Oratio Severi (30). Doch trifft das Verbot auch hier wieder nur die nächsten Verhältnisse, bei deren Bestimmung die Grundsätze der lex Papia (31) als Vorbild gedient haben.

Vat. Fr. §. 218. 219. (Restitution v. Hollweg) Item. Lege autem papia hii affines excipiuntur, qui *vir et uxor et gener et nurus* et socer et socrus unquam fuerunt; item excipiuntur vitricus, *noverca*, *privignus*, privigna vel ipsorum, vel eorum, qui in eorum potestate fuerunt.

Es gehören hiernach nur Ehegatten, Schwieger- und Stief-Aeltern und Kinder zu den Affinen; vielleicht auch Verlobte (32). Indeß können diese Bestimmungen der lex Papia, deren ursprüngliche Beziehung wir übrigens nicht ken-

(30) Vat. Fr. §. 214.

(31) Klenze das Familienrecht der Cognaten. S. 69. 70.

(32) Vat. Fr. §. 302. 303.

nen (33), nicht vollständig auf die Potioris Nominatio angewendet sein, da ja der Ehemann und Verlobte sogar eine excusatio necessaria hat (34).

Eigenthümlich ist endlich bei dieser Bestimmung der Affinität, daß sie gegen die allgemeine Regel auch noch nach Auflösung des sie begründenden ehelichen Bandes oder Verlöbnisses fortdauert (35).

Außer den eigenen Affinen sind aber auch noch die Affinen derjenigen Personen ausgenommen, welche unserer Potestas unterworfen sind (36).

IV. **Collegialität** und **Sodalität**, d. h. das Verhältniß der Mitglieder eines und desselben Collegii oder Eranos (37). Dieses Verhältniß galt von jeher für ein besonders inniges, der Cognation und Affinität beinahe gleichstehendes. Besonders die Sodalen, d. h. die Mitglieder der collegia privata, waren gleich den Cognaten und Affinen durch gemeinschaftliche Statuten, Gerichte, und Festmahle verbunden (38), ihre Necessitudo war ein jus, wie die der

(33) Klenze a. a. O. S. 69. 70.

(34) Klenze a. a. O. S. 110.

(35) L. 3. §. 1. de postul. Vat. Fr. §. 303. Klenze a. a. O. S. 112. 113.

(36) Vat. Fr. §. 219. vel eorum qui in eorum potestate *fuerunt*. Ueber das letzte Wort macht v. Buchholtz die sehr gute Bemerkung, daß es im Sinn der lex Papia auf die Testatoren sich bezieht, daher nicht sunt stehen kann.

(37) Klenze Fragm. legis Servil. p. 15. n. 9.

(38) Festus. s. v. Sodales quidem dictos putant, quod una *sederent essentque* (wie die Cognaten in den Charistien) alii quod ex suo dapibus vesci soliti sint, alii quod inter se invicem suaderent, quod utile esset, (L. 4. de colleg. ὅτι ἂν — διαθῶνται πρὸς ἀλλήλους) eosdem quod coeant crebro congerrae vocari a graeco vocabulo quod esset

Propinqui (39) und zwar waren sie nach den Grundsätzen des alten Rechts einander liberorum loco (40). Daher konnte nach der lex Servilia ein sodalis gegen den andern weder zum Judex, noch zum Patronus bestellt werden (41). Daher waren nach der lex Licinia und Aebutia die Collegen dessen, welcher ein Gesetz über eine Curatio oder Potestas vorschlug, unfähig diese Curatio zu bekleiden (42) und so hatten sie noch in vielen andern Beziehungen die Rechte der Cognaten und Affinen. Dies zeigt sich nun auch in Anwendung auf die Tutel. Nicht blos die übernommene Vormundschaft über die Kinder eines Sodalen mußte mit besonderer Gewissenhaftigkeit geführt werden (43), sondern auch die Ablehnung einer solchen Tutel über die Kinder eines Genossen hätte mit den collegialischen Pflichten gestritten. Daher fällt in diesem Verhältniß ordentlicherweise nicht nur die Excusation, sondern auch seit der Oratio Severi die Potioris Nominatio hinweg (44). Indeß gilt dies nur von solchen Excusationen, welche auf den Privilegien der Collegien selbst beruhen (§. 91.) nicht aber von andern Excusationsgründen, z. B. nicht von

γεῤῥα. Tertullian. ad uxor. II. 6. Discumbit cum marito in sodalitiis, saepe in popinis.

(39) L. 12. de justit. et jure. Ovid. Trist. IV. 10. 46. „Jure sodalitio qui mihi junctus erat."

(40) Cic. de Or. II. 49. me pro meo sodali, qui mihi in liberûm loco more majorum esse deberet — decernere.

(41) Klenze Fragm. L. Serv. c. 4. p. 16.

(42) Cic. de lege agr. II. 8. pro Planc. c. 15. 16.

(43) Cic. in Verr. I. c. 37.

(44) L. 41. §. 3. h. t. Vat. Fr. §. 235.

der Excusation wegen Entfernung vom Ort der Tutel oder wegen Kinder u. s. w. (45).

Diese Grundsätze werden auf folgende Verhältnisse angewendet:

1) Senatoren werden nicht excusirt, wenn die Kinder, über welche sie Tutoren waren, Senatorenkinder sind. (§. 83.)

2) Veteranen haben gegen Kinder von Conveteranen keine Excusation, sondern blos eine einjährige vacatio, von der Entlassung an gerechnet; es wäre denn, daß ihnen noch andere Gründe der Entschuldigung, z. B. Alter oder dergleichen, zur Seite ständen (46). Als Commilitonen gelten übrigens auch Veteranen anderer Legionen, auch der Vigiles (47), ja selbst diensithuende Soldaten, welche noch minorenn und durch den Tod des Vaters oder Emancipation unabhängig geworden sind (48). Nur müssen die entlassenen Soldaten durch eine honesta oder causaria missio entlassen worden sein, sonst gelten ihre Kinder nicht als Conveteranenkinder (§. 93. S. 153.), Enkel von Veteranen gelten aber überhaupt als extranei (49). Unter diesen Voraussetzungen müssen also auch Veteranen Tutelen übernehmen, jedoch nicht drei, sondern nur eine, nach deren Beendigung jedoch eine zweite Tutel oder Cura (nur letztere wohl nicht über denselben Pflegling) übertragen

(45) L. 8. pr. 42. h. t. Vat. §. 142. 177.

(46) L. 8. pr. h. t. Vat. Fr. §. 177.

(47) L. 8. §. 6. h. t.

(48) L. 8. §. 7. h. t., wo der alte Interpres irrig ἀφήλικος κουράτωρ durch impuberis curator übersetzt hat. Anton. Augustin. p. 1588. seqq. L. 2. C. de exc. vet.

(49) L. 8. pr. h. t.

werden kann, wie Sever und Caracalla festgesetzt haben (50).

3) Primipilaren werden nach kaiserlichen Constitutionen ebenfalls nicht von den Tutelen anderer Primipilaren excusirt (51). Als Primipilar gilt aber nur wer den Dienst vollendet hat (52), doch brauchen sie ebenfalls nur eine Tutel zu übernehmen und deponiren dieselbe, sobald sie wieder in den activen Dienst treten (S. 157.). Dasselbe gilt von der Potioris Nominatio nach einer Constitution von Sever (53), jedoch ebenfalls nur in Beziehung auf Söhne von Primipilaren, nicht auf Enkel, obwohl in der Oratio der Ausdruck pater in einem weitern Sinn genommen war (54).

4) Inquilini castrorum können sich nicht von den Tutelen der Kinder dessen excusiren, der in demselben Castrum und desselben Standes ist (55).

5) Fabri haben ebenfalls nur gegen Fremde eine Excusation (56). Ebenso

6) Navicularii (57).

7) Desgleichen können Decurialen und alle Corporati

(50) L. 8. §. 10. h. t. L. 2. C. de exc. veter. Vat. Fr. §. 177.

(51) Vat. Fr. §. 180.

(52) L. 8. §. 12. h. t. οἱ διανύσαντες τό πριμίπιλον. Der alte Interpres übersetzt qui exercent primipilum, und Kriegel sucht diese Uebersetzung aus L. 4. C. de principio zu rechtfertigen; er übersieht aber, daß diese Stelle nur auf die pecuniairen Vortheile des Primipilats geht.

(53) Vat. Fr. §. 212. Item. Nominare autem potiores non possunt in primipi*laris filio alii primipilares*, ut Divus Severus constituit. (Die Erwähnung der collegae darf nicht wegbleiben.)

(54) Vat. Fr. §. 213. (nach v. Buchholz's Restitution).

(55) L. 17. §. 7. L. 23. §. 1. h. t.

(56) L. 17. §. 2. h. t.

(57) L. un. C. Th. i. e. L. 24. C. h. t.

überhaupt, wenn sie nicht noch andere Excusationen haben, als die bloße Decurialität, sich nicht von der Tutel über Söhne von Decurialen excusiren (58) oder einen Potior nennen (59).

8) Ebenso müssen auch die Ilienser, wenn sie außer ihrer Geburt nicht noch andere Entschuldigungsgründe aufzeigen können, die Vormundschaft über Söhne ihrer Mitbürger übernehmen, wie Pius rescribirt hat (60).

9) Neuere Gesetze dehnen unsern Grundsatz auch noch auf Professoren aus (61).

Alles bisherige war bloße Anwendung der Regel. Ausnahmsweise haben aber die Mitglieder gewisser Genossenschaften das besondere Privilegium, daß sie schon jure collegii die Tutel über Collegenkinder ablehnen dürfen. Dieses besondere Recht kommt nur in zwei Fällen vor:

1) Als ein Privilegium der urbici pistores und frumentum agentes nach einem Rescript von Hadrian und dessen authentischer Interpretation durch Sever und Caracalla (62).

2) Als ein Recht der gewesenen Tribunen in den kaiserlichen Garden (cohortes Praetoriae), nach einer Constitution derselben Kaiser (63). Diese brauchen also nicht einmal **eine** Tutel zu übernehmen.

B. Ver-

(58) Vat. Fr. §. 142. 235.

(59) Vat. Fr. §. 158.

(60) L. 17. §. 1. h. t.

(61) Sächs. V. O. 9, 1, 4. Preuß. Landr. §. 213.

(62) Vat. Fr. §. 235. 237. L. 46. §. 1. h. t.

(63) L. 9. h. t. Ulp. lib. sing. de off. praet. tut. Si tribunus in cohortibus praetoriis permilitaverit etiam a collegarum filiorum tutela excusabitur beneficio Divi Severi et Imperatoris nostri.

B. Verzichtleistung.

§. 99.

Aber auch durch Verzichtleistung kann das Recht eine Excusation oder Nomination geltend zu machen, verloren gehen. Hierher gehören folgende Fälle:

I. Wenn der Vormund dem Vater der Pupillen versprochen hat, dereinst die Tutel über seine Kinder übernehmen zu wollen, so verliert er dadurch jede ihm sonst zustehende Excusation, weil er allein Schuld ist, daß der Vater keine andere Vormünder bestellt hat (1).

II. Wenn der Vormund das Testament oder den Codicill selbst geschrieben hat, in welchem der Vater ihn ernannte und der letztere zugleich durch Unterschrift seine Zustimmung erklärt hat, so ist nicht blos die Ernennung gültig, sondern auch keine Excusation zulässig, weil in der Handlung des Vormundes ein stillschweigendes Versprechen der Uebernahme der Vormundschaft enthalten ist (2).

III. Wenn der Vormund, ohne sich zu excusiren, die Administration übernahm, so verliert er nach einem Rescript

(1) Vat. Fr. §. 153. Qui patri pupilli promiserunt, se suscepturos tutelam, non excusantur, *quia est inicum, alios non esse datos*. L. 15. §. 1. h. t. §. 9. J. h. t. Preuß. Landr. §. 214. 215. Code civ. a. 427.

(2) L. 29. §. 1. de testam. tut. Nec admittendam excusationem, quam jure publico habebat, *quoniam promisisse videbatur*. L. 18. §. 1. de lege Corn. de fals.

der D. Fratres an den Domitius Rufus (3) sein Privilegium, denn in dieser Einmischung liegt ein noch bündigerer Verzicht, als in dem bloßen Versprechen der Uebernahme (4). Auch bietet das Recht der übrigen munera und der tutelae affectatae eine Analogie dar (5). Eine bloße Folge dieses Satzes ist es, daß, wenn der Prätor ohne Rücksicht auf die geschehene Einmischung die Excusation dennoch annimmt, der Vormund dadurch von dem Periculum nicht frei wird (6). Doch gehen durch die Einmischung nur diejenigen Excusationsprivilegien verloren, welche zur Zeit der Einmischung schon vorhanden waren, nicht aber erst später entstandene Ablehnungsgründe (7). Eben so blos die Excusation in diesem Fall, nicht in künftigen Fällen (8). Endlich auch nur die freiwilligen, nicht die nothwendigen Excusationen (9).

IV. Wenn Jemand im Testament zum Vormund ernannt und zugleich mit einem Vermächtniß bedacht worden ist, (legatum accepit) so verliert er durch Annahme des letztern seine Excusation und wird zur Administration gezwungen (10).

(3) Vat. Fr. §. 154. „liberis tutelam, quam sponte suscepisti, praebe; nam desiderasti."

(4) Vat. Fr. §. 154. „plus egit, quam si promisisset."

(5) C. X. 43. de his, qui sponte publica munera subeunt. Vat. Fr. §. 188.

(6) L. 2. C. si tutor fals. alleg. (Philippus.)

(7) L. 13. §. 3. de vacat.

(8) L. 12. C. h. t. Voluntariae tutelae munera privilegiis nihil derogant. Rescript Sever's und Caracalla's an die Stadt Smyrna bei G. Wheler Travels. lib. III. p. 232.

(9) §. 9. J. h. t. vgl. S. 38.

(10) L. 5. §. 2. de his, quae ut ind. „Sed si consecutus fue-

Auf der andern Seite aber verliert der Tutor, sobald er sich von der Tutel excusirt, seine Ansprüche auf alle Vortheile, welche ihm durch das judicium defuncti hinterlassen sind, indem die Vermuthung gilt, daß diese Vortheile in der Absicht einer Remuneration für die Mühwaltung des Vormundes ausgesetzt wurden (11). Dieser Satz gilt also zunächst von Legaten, welche dem Tutor selbst oder den seiner Potestas unterworfenen Personen hinterlassen sind, vorausgesetzt, daß letzteres nicht aus Zuneigung gegen die Kinder, sondern um des Vaters willen geschehen ist (12). Er gilt ferner von den Patronatrechten an einem dem Tutor legirten Sclaven, welchem zugleich eine fideicommissarische Freiheit vermacht war, die der ernannte Tutor ihm prästirt hat (13).

In diesen und ähnlichen Fällen wird also die actio legati, die petitio fideicommissi u. s. w. dem Vormund denegirt und das Vermächtniß verbleibt dem Erben oder Belasteten, gleichviel ob dieser der Pupill selbst, oder ein extraneus ist (14). Zugleich muß er diesem cautio fideicommissorum servandorum causa wegen der Restitution leisten (15). Den Fiscus hat man hier aus mehrern Gründen nicht zugelassen, unter

rit (tutor quod testamento meruit) non admittitur ad excusationem."

(11) L. 28. §. 1. 32. 36. h. t. Amicissimos quidem et fidelissimos parentes liberis tutores eligere solere et ideo ad suscipiendum onus tutelae etiam honore legati eos prosequi. Preuß. Landr. §. 218. 219.

(12) L. 28. pr. de test. tut. L. 42. de C. et D. Seneca de benef. lib. V. c. 19.

(13) L. 3. de jure patron. (Rescr. von Sever und Caracalla.)

(14) L. 25. C. de leg. L. 5. §. 2. de his quib. ut ind. L. 11. pr. de constit. vgl. mit L. 28. §. 1. h. t.

(15) L. 11. §. 1. de conf. tut.

andern deshalb nicht, weil der Vormund das Vermächtniß nicht sowohl wegen eigentlicher Indignität, als wegen nicht erfüllter Bedingung verliert (16).

Selbst wenn sich der Tutor nicht einmal vom Ganzen der Verwaltung, sondern nur von einem Theil excusirt, tritt dieser Erfolg, weil er die Bedingung nicht erfüllt, für das Ganze ein, wie Marcus, Sever und Antonin rescribirt haben:

L. 111. de leg. 1. Marcianus lib. 2. Inst. (also zusammenhängend mit L. 3. de jure patr. und L. 21. h. t.). Etiam si partis bonorum se excusaverit tutor, puta Italicarum vel provincialium rerum, *totum*, quod testamento datum est, ei auferetur et ita Divi Severus et Antoninus rescripserunt.

Vat. Fr. §. 205. wo etwa so zu restituiren ist: Proinde siquis ad urbicam dyocesim pertinens Romae tutor designetur, excusare se debebit ab eo patrimonio, quod in regionibus situm est, quae sunt sub juridicis, sicut excusatur a re provinciali; set caveat, si legatum accepit hoc facere; licet enim urbanum patrimonium a se probet administratum, quia non in plenum voluntati paret, legati commodo privabitur; idque Deus Marcus in eo, qui si a re provinciali excusavit, testamento tutor designatus et legatum consequutus, Claudio Pulchro rescripsit.

Eben so wenn der Tutor sich nicht gerade excusirte, sondern die Administration ohne Weiteres liegen ließ, so ist er

(16) Wieling lection. j. c. 1. 20. p. 68—72.

zwar ipso jure tutor, und kann nach Vorausklagung der gerentes mit der actio tutelae belangt werden, aber dennoch verliert er das Legat, als ob er sich excusirt hätte, weil der Erblasser dieses nur als Belohnung der wirklichen Administration angesehn wissen wollte, mithin die contumacia tutoris der Excusation völlig gleichstellt (17).

Noch viel mehr verliert er das Legat, wenn er nicht excusirt, sondern wegen schlechter Verwaltung abgesetzt wird (18).

In folgenden Fällen tritt hingegen die Entziehung des Legats nicht ein:

1) Wenn dem Tutor ein Fideicommiß auf sein Legat gelegt ist, sei es nun ein Fideicommiß der Freiheit des legirten Sclaven oder der ganzen legirten Sache, so erwirbt er das Legat um des Fideicommisses willen, jedoch ohne die Vortheile, welche mit der Restitution verbunden sind. Ist das Fideicommiß nur ein partielles, so wird ihm also auch nur soweit die actio legati gegeben (19).

2) Wenn die excusatio nicht vom freien Willen des Vormundes ausgeht, sondern eine nothwendige ist, z. B. wenn der Tutor Soldat ist, oder wenn ein unvollkommen bestellter testamentarischer Tutor in die Confirmation consentirt, der Prätor jedoch wegen Untüchtigkeit des Candidaten dieselbe verweigert (20).

3) Wenn der testamentarische Vortheil zu der Vormund-

(17) L. 35. h. t.

(18) L. 35. h. t. Basil. XXXVIII. 1. 34. Schol. F. Tom. V. p. 43.

(19) L. 27. h. t.

(20) L. 76. §. 6. leg. 2. wo in der Flor. richtig *non* denegabitur steht. L. 6. C. de legat.

schaft nicht in dem Verhältniß einer Remuneration steht, so kann auch die Excusation von der letztern keinen Verlust des erstern nach sich ziehen. Anwendungen dieses Grundsatzes sind folgende:

a) Wenn der Vater den einen seiner Söhne zum Miterben und Tutor eines andern Sohnes einsetzte, so verliert jener durch Ablehnung der Tutel nicht zugleich seinen Erbtheil, weil ihm dieser nicht als Remuneration der zu führenden Tutel, sondern wegen seiner Kindschaft hinterlassen worden war (21).

b) Dasselbe gilt, wenn der Vater den Tutor zugleich zum Pupillarsubstituten des Pupillen ernannt hat. Denn auch diese Honorirung kann nicht als eine bloße Remuneration für die Last der Tutel betrachtet werden, da sie ja erst wirksam wird, wenn die Tutel zu Ende ist, und dagegen, wenn der Pupill die Pubertät erreicht, ganz wegfällt. Hat also der Vater bei der Substitution nicht ausdrücklich zur Bedingung gemacht, sie solle nur gelten, wenn der Tutor auch die Tutel übernehme, so bleibt sie, der Excusation ungeachtet, zu Recht beständig (22).

c) Dasselbe behauptete Paullus früher auch in dem Fall, wenn der Vater das Legat im Testament hinterlassen, die Ernennung zum Tutor aber erst hinterher in einem Codicill angeordnet hat. Denn auch bei diesem Legat kann man sagen, daß der Testator es nicht als Remuneration für die Tutel angeordnet hat, sondern weil er dem Legatar wohl wollte.

(21) L. 28. §. 1. h. t. (22) L. 35. h. t.

Doch fand Paullus dieses Raisonnement späterhin selbst zu künstlich, und nahm daher im 23ten Buch seiner Quästionen die im 7ten geäußerte Ansicht wieder zurück. Denn nach jener frühern Ansicht würde fast kein Legat mehr dem Tutor entrissen werden können, da es ja doch sehr selten in einem und demselben Satz mit der Tutel angeordnet wird. Es ist mithin die Absicht, daß das Legat Remuneration für die Tutel sein soll, so lange zu präsumiren, bis eine ausdrückliche Erklärung des Erblassers: er wolle dasselbe auf alle Fälle, selbst wenn der Tutor die Tutel nicht übernehmen sollte, aufrecht erhalten wissen, das Gegentheil darthut (23).

d) Wenn aber der Testator ein Legat hinterließ, ohne der Tutel zu erwähnen, und erst der Prätor den Legatar zum Tutor ernannte, dann kann diesem allerdings die Vorschützung einer Excusation keinen Nachtheil bringen, weil er nun wirklich nicht gegen das judicium defuncti gehandelt hat, der ihm dieses Legat nicht um der Tutel willen, sondern aus bloßer Liberalität hinterließ (24). Wenn hingegen der Prätor den Vormund nicht selbst auswählte, sondern nur den im väterlichen, mütterlichen oder dem Testament eines dritten Erblassers unvollkommen ernannten Vormund confir-

(23) L. 32. in fin. L. 33. h. t. A. Faber Jurispr. Pap. scientia XXIV. 1. 9. p. 1151. hält die L. 33. für ein emblema Triboniani, wogegen Andere, z. B. Haubold Opusc. I. p. 383. die L. 32. als einen bloßen Zweifelsgrund betrachten. Allein auch die Basil. XXXVIII. 1. 31. 32. Tom. V. p. 14. scheinen sie für eine ältere, später verworfene Meinung zu halten, indem sie blos die L. 33. aufgenommen haben.

(24) L. 34. eod. (Paull. lib. 7. Quaest. zusammenhängend mit L. 32. eod.)

mirte, so bleibt es bei der Regel, weil es ja nicht auf die Gültigkeit des Testaments, sondern blos auf das Verhältniß ankommt, in welches der Erblasser das Legat zur Tutel gestellt hat (25).

V. Excusations- und Nominationsprozeß.

A. Gericht, Partheien und Stellvertreter.

§. 100.

Es ist nunmehr noch übrig, das eigenthümliche Verfahren näher zu bestimmen, welches durch Marc Aurel und Verus (S. 8.) für Excusationen und Nominationen eingeführt worden ist, und im Allgemeinen auch noch unserm heutigen Excusationsprozeß zur Grundlage dient.

Was zunächst die in diesem Verfahren vorkommenden Personen betrifft, so gelten darüber folgende Bestimmungen:

I. Das Gericht war vor Marc Aurel die ordentliche Appellationsinstanz des Magistrats, welcher die Vormünder bestellt hatte. Seit Marc Aurel hingegen findet keine Devolution mehr Statt und das Gericht ist nun das ordentliche vormundschaftliche Gericht für diese Tutel oder Curatio. In Rom also und der *urbica dioecesis*, gehören alle diese Excusationen und Nominationen vor den praetor tutelaris, welchen Marcus eben für diese Sachen vorzugsweise einsetzte (1), und gerade in Beziehung auf dieses Gericht wird uns der

(25) L. 32. eod.

(1) L. 6. C. h. t. L. 23. C. eod.

Prozeß in den Vaticanischen Fragmenten näher beschrieben (2). In Italien war die Excusation ohne Zweifel bei dem Juridicus anzubringen (3). In den Provinzen gehört sie vor die Präsides (4). Die bloßen Municipalmagistrate und Defensoren haben diese notio nicht, da dieselbe von der diesen Behörden zustehenden jurisdictio noch unterschieden werden muß (5). Heutzutage gehört sie vor das Pupillencollegium oder Untergericht, und nur nach dem französischen Gesetzbuch vor den Familienrath (6). Die Competenz unter den verschiedenen Behörden bestimmt sich nach den nämlichen Grundsätzen, welche oben bei der tutoris datio vorgekommen sind (7).

II. Die Partheien (adversarii) in dieser Instanz sind dieselben, wie bei der Erbittung der Vormünder. Denn hier, wie dort, nimmt das Römische Recht ein zweiseitiges Verfahren (contradictio, lis) (8) an, und erst neuere Gesetze kennen eine Remedur auf einseitigen Antrag des Provocanten (9).

Nur die Partheirolle ist die umgekehrte wie in erster Instanz. In dieser war der Nominator Kläger, der no-

(2) Vat. Fr. §. 162—164. 167. L. 37. h. t.

(3) L. 2. C. h. t.

(4) L. 3. 11. 15. 16. 18. C. h. t.

(5) L. 6. C. h. t. cf. L. 5. de re jud. L. 99. de V. S.

(6) L. 2. C. h. t. s. jedoch Oesterr. G. B. §. 201.

(7) Preuß. A. G. O. Tit. XXXIX. §. 1—4. Oesterr. Gesetzb. §. 201. Code civ. a. 438. 439.

(8) L. 39. h. t. L. 14. C. h. t. L. un. C. de sumpt. recup. L. 1. §. 1. de vacat.

(9) A. G. O. a. a. O. §. 3.

minirte Vormund Beklagter; hier ist der Vormund Provocant, der Nominator hingegen Provocat (10).

Unter den Rechtsverhältnissen der Partheien wird nur der Anspruch auf Erstattung der Kosten (sumptuum recuperatio) in den Quellen ausdrücklich hervorgehoben. Es wird nämlich auch auf diesen Prozeß die allgemeine Regel über die Kosten bei den Appellationen (11) und namentlich bei Appellationen gegen munera (12) angewendet, daß, wenn der Nominator seinen Gegner aus bloßer Feindschaft oder mit wissentlicher Nichtachtung seiner Excusationsprivilegien zu einem Amte vorschlägt, der Nominat aber gegen das Decret appellirt und in der Appellationsinstanz obsiegt, der unterliegende Nominant, jetzt Appellat, ihm sämmtliche Kosten des Rechtsstreits erstatten muß, und unter erschwerenden Umständen sogar noch in Strafe genommen werden kann (13)

III. Daß übrigens die Partheien in diesem Verfahren sich durch Procuratoren vertreten lassen können, muß schon nach dem allgemeinen Character desselben angenommen

(10) Vat. Fr. §. 156. Itaque, ubi sciit — *adversario, i. e. ei, qui eum petit*, denunciare debet.

(11) Paull. R. S. V. 37. L. 1. §. 1. de vacat.

(12) C. X. 67. de sumptuum recuperatione (Gordian) L. 1. §. 1. de vacat.

(13) L. 14. C. h. t. (Gordianus A. Heraclidae). Severiter Praeses provinciae exsequetur, si animadverterit avunculum tuum propter ea nominari tutorem, ut metu hujusmodi creationis a Magistratibus injuriam redimat. Quinetiam si aliqua ei excusatio competit, et non alia causa nominatus est, quam ut lite fatigetur: quod in eam rem absumptum fuerit, is, qui eum nominavit, juxta formam constitutionum ei reddere cogetur (240). Code civ. a. 441.

werden, da es keine legis actio, ja nicht einmal ein ordinarium judicium, sondern eine ganz freie außerordentliche Cognition ist, und nicht blos bei den Cognitionen überhaupt, sondern insbesondere auch noch bei den Appellationen Stellvertreter vorkommen dürfen (14). Mit Unrecht haben daher Accursius, Augustinus und Peter Faber das Gegentheil behauptet (15).

B. Verfahren.

1. Einwendung.

a. Fatalien.

§. 101.

Das prozessualische Verfahren bei der Excusation und Nomination hat auch noch nach Marc Aurel den allgemeinen Gang eines Appellationsverfahrens beibehalten, so daß es in die Einwendung, Rechtfertigung und Entscheidung des Rechtsmittels zerfällt. Bei der Interposition haben wir zunächst die Fatalien und sodann die Formalien zu betrachten.

Die Fatalien der Einwendung waren ursprünglich ganz die der Appellation, d. h. wenn in eigenem Namen prozessirt wurde: 2, wenn in fremdem: 3 Tage. Bei der testamentarischen und gesetzlichen Tutel fiel jedoch vielleicht jede Be-

(14) Cujac. Comm. ad L. 13. h. t. u. ad L. 71. de R. J.

(15) Glossa ad L. 25. h. t. Augustin. Comm. in Modestin. ad L. 13. §. 8. h. t. P. Faber. Comm. ad tit. de R. J. ad L. 71.

schränkung durch Fatalien hinweg. Marc Aurel (1) hat diesen Punct zunächst für Rom und die urbica dioecesis ganz neu bestimmt. — Diejenigen nämlich, welche in Rom selbst, oder innerhalb 100 Römischer Meilen oder 100,000 Schritte (2) von Rom also in der urbica dioecesis anwesend sind, haben 50 Tage Frist, um die Excusation oder Nomination anzubringen (3). Vielleicht dehnte schon die Interpretation diese Grundsätze auf andere Orte aus; wenigstens in Justinian's Sammlung, welche nicht mehr für Rom bestimmt war, sind dieselben auf jeden Vormund bezogen, welcher an dem Ort, wo er bestellt wird, entweder anwesend, oder doch nicht über 100 Römische Meilen von demselben entfernt ist (4). — Diejenigen aber, welche über 100 Römische Meilen von dem Ort ihrer Bestellung entfernt sind, haben zur Anbringung ihrer Excusation und Nomination zuerst so viele Tage Zeit, wie viele Male sie 20 Meilen von jenem Orte entfernt leben (5), und dann noch als Zugabe eine Frist von 30 Tagen. So wenigstens verhält es sich nach dem Buchstaben der Marcischen Constitution. Allein wenn man sich streng an diesen

(1) L. 16. h. t.

(2) L. 154. de V S. Isidor. Orig. XV. 16.

(3) Vat. Fragm. §. 156. s. o. Seite 8.

(4) L. 13. §. 1. h. t. Ὁ μὲν γὰρ ἐν αὐτῇ τῇ πόλει ὢν, ὅπου κεχειροτόνηται, ἢ ἐντὸς ἑκατοστοῦ μιλίου τῆς πόλεως ἐντὸς πεντήκοντα ἡμερῶν παραιτήσεται. §.16. J. h. t. si intra centesimum lapidem sunt ab eo loco, ubi tutores dati sunt.

(5) Die Rechnung von 20 Meilen auf eine Tagereise ist im R. R. ganz allgemein. Veget. de re mil. I. 9. 27. Spartian. in Hadr. c. 9. L. 2. §. 3. quis ordo. L. 38. §. 1. ex quib. caus. L. 1. si quis caut. L. 3. pr. de V. S. can. 22. 23. C. 2. Qu. 6. (canon spurius aus §. 16. J. h. t.)

halten wollte, so würde der Entferntere offenbar schlimmer daran sein, als der in Rom oder innerhalb des centesimus lapis Anwesende. Denn wer z. B. 160 Meilen von Rom entfernt wäre, würde nur 38 Tage Zeit haben, (8, wegen der 8 Mal 20 Meilen, und 30 als Zugabe) wer 200 Meilen entfernt ist, nur 40, wer 300, 45; und er müßte also volle 400 Meilen entfernt sein, um dem Anwesenden in Rücksicht der Berechnung der Fatalien auch nur gleich zu stehen (6). Da nun aber ein solches Resultat der Absicht des Gesetzgebers offenbar ganz zuwider sein würde, indem vielmehr angenommen werden muß, daß derselbe den Abwesenden begünstigen wolle, so interpretiren Scävola, Ulpian, Paullus und Modestin diese Bestimmung der Constitution so, daß sie nur dann eintritt, wenn der Vormund auf diese Weise nicht unter 50 Tagen Frist behält, d. h. wenn er über 400 Römische Meilen vom Ort seiner Bestellung entfernt ist. Wer folglich zwischen 100 und 400 Meilen entfernt ist, hat 50 Tage Zeit, wer aber 440 Meilen entfernt ist 52 (22 Tage Reisezeit und 30 als Zugabe) u. s. w. (7). Daß dabei immer vorausgesetzt ist, der Vormund sei am Ort seiner Bestellung auch domiciliirt, versteht sich aus andern Gründen von selbst (8).

Diese Fristen beziehen sich nun auf Tutoren und Cura-

(6) L. 13. §. 2. h. t. Theoph. ad §. 16. J. h. t.

(7) L. 13. §. 2. h. t. §. 16. J. h. t.

(8) In L. 13. §. 2. heißt es zwar nach der Uebersetzung von Augustin siquis ad centesimum sexagesimum miliare *habitat*, siquis longius *habitat* u. s. w. aber im griechischen Text steht *διατριβὰς ποιούμενος* oder *διατρίβων*, was nicht gerade auf das Domicil geht.

toren aller Arten und Entstehungsgründe (9), so daß seit Marc Aurel also auch das früher vielleicht unbegränzte Excusations- und Nominationsrecht der testamentarischen (10) und gesetzlichen Vormünder auf diesen Zeitraum eingeschränkt ist (11).

Im heutigen Recht werden jedoch die Römischen Fristen nicht mehr angewendet. Vielmehr überlassen mehrere neuere Gesetze die Bestimmung dem richterlichen Ermessen (12). Andere bestimmen eine 14tägige Frist (13). Die Preußische Gerichtsordnung verlangt Einwendung der Excusationen bis zum Verpflichtungstermin (14). Die französische Gesetzgebung gestattet nur Abwesenden eine Frist und zwar 3 Tage, doch wird für jede 6 Stunden, welche ihr Wohnsitz vom Ort der Bestellung entfernt ist, ein Tag zugegeben (15).

Diese Frist ist nun in Rücksicht des Anfangs ein tempus utile, d. h. sie fängt nicht von dem Bestellungsacte selbst, sondern erst von dem Tage an zu laufen, wo der bestellte Vormund von jener Ernennung Kunde erhalten hat. Dies ist nicht nur durch die Constitution von Marcus selbst ausdrücklich bestimmt worden (16), sondern wurde auch in der spätern Praxis so angewendet (17). Jener Tag ist nun

(9) L. 13. §. 3. h. t. §. 16. J. h. t.

(10) Vat. Fr. §. 1.6. L. 13. pr. 16. h. t.

(11) Theoph. ad §. 16. J. h. t. L. 1. C. de leg. tut.

(12) v. Kreitmayr Anm. über den Cod. Max. Bav. I, 7. §. 20. S. 476. cf. Zwierlein Diss. cit. §. 17.

(13) Bair. Landr. I, 7. §. 20. Oesterr. Gesetzb. §. 201. Sächs. V. O. I. 9. §. 2. Frankf. Ref. Thl. VII. Tit. 3. §. 12.

(14) A. G. O. XXXIX, 2.

(15) Code civ. a. 438. 439.

(16) §. 16. J. h. t. (Die richtige Lesart scheint die Haloandrinische. cf. Theoph. ad h. l. Zeitschr. für gesch. R. W. I. S. 359.)

(17) L. 6. C. h. t.

bei obrigkeitlicher Bestellung oder Confirmation(18) zum Tutor oder Curator das Datum der Insinuation des Decretes. Ordentlicherweise soll diese Insinuation nach einem Rescript von Marcus, wenn der Vormund abwesend ist, von den Magistraten innerhalb 30 Tagen (20) in Gegenwart von Zeugen (testato) in faciem oder ad domum vollzogen werden (21). Indeß gehört Letzteres nicht wesentlich mit zur Gültigkeit der Handlung selbst, sondern ist nur des Beweises wegen vorgeschrieben. Wenn also die Bestellung auch auf anderm Wege zur Kenntniß des Vormundes gebracht wird, so ist dennoch kein Zweifel vorhanden, daß er vom Augenblick der irgendwie erlangten Kunde an das Periculum tragen muß, wenn er keine Excusation vorbringt (22). So also verhält es sich mit dem Anfang der Frist bei obrigkeitlichen Tutoren. Bei testamentarischer Bestellung kommt überhaupt keine Insinuation vor (23), die Frist beginnt also hier immer mit dem Augenblick der erlangten Kunde von der geschehenen Delation der testamentarischen Tutel (24), welche indeß nicht gerade

(18) Vat. Fr. §. 156.

(19) L. 6. h. t.

(20) L. 29. de tut. dat. Si peregre agant, qui tutores vel curatores dati sunt, ut intra diem trigesimum notum his a magistratibus fiat, Divus Marcus rescripsit. cf. L. 13. §. 1. h. t. wo der alte Interpres ὑπὸ τῶν ἀρχόντων a praesidibus übersetzt, worunter er aber vielleicht die magistratus versteht.

(21) Vat Fr. §. 156.

(22) L. 5. §. 10. de adm. Innotescere autem qualiter qualiter sufficit, non utique testato eum conveniri, nam etsi citra testationem, scilicet undecunque cognovit, nulla dubitatio est, quin debeat periculum ad ipsum respicere.

(23) L. 29. de tut. dat.

(24) Vat. Fr. §. 156. L. 13. §. 1. h. t. in fin.

mit der Zeit der Eröffnung des Testaments zusammenfällt, da die Delation selbst erst mit angetretener Erbschaft oder erschienenem dies erfolgt (25).

Nach heutigem Recht ist die Frist zwar auch ein tempus utile (26), doch fängt sie, wenigstens bei insinuirten Decreten, erst mit dem Tage nach dem Insinuationstage zu laufen an. Nur darf man diesen Satz nicht mit Göddäus und Voet aus dem Römischen Recht herleiten (27), da er vielmehr in den Grundsätzen des ältern Deutschen Rechts über die Zugabezahlen bei Fristen seinen Ursprung hat (28).

Ganz anders wie mit dem Anfang der Frist, verhält es sich mit der Berechnung ihres Laufes. Es sind nämlich 50 u. s. w. hintereinander folgende Kalendertage (dies continui), welche die Constitution selbst dem Vormunde verstattet (29). Indeß hat die Interpretation und Praxis eine billige Rücksicht auf Ehehaften zugelassen. Wenn also Jemand durch Krankheit, Wind und Wetter, Räuber u. s. w. vom Erscheinen zurückgehalten ist, so läuft ihm die Frist nicht (30). Etwas besonderes gilt noch bei der Meilenberechnung zu Gunsten abwesender Tutoren. Es werden nämlich zwar hier, wie überhaupt, 20 Meilen auf einen Tag gerechnet; hat jedoch der Vormund am letzten Tage nur noch wenige Meilen zurück-

(25) L. 31. §. 1. h. t.

(26) Vgl. oben Note x.

(27) Ausführlich ist diese Ansicht widerlegt von Glück Pand. XXXII. S. 101. 102. vgl. Schweppe Jurist. Mag. I, 1. IX. S. 119 ff.

(28) Grimm's deutsche Rechtsalterth. S. 217. 220 ff.

(29) §. 16. J. h. t. Vat. Fr. §. 155.

(30) L. 13. §. 7. h. t.

rückzulegen, so hat er dazu dennoch den vollen Tag Zeit und die 30 Zugabetage fangen erst vom folgenden Tage zu laufen an (31).

Was das Ende der Frist anlangt, so ist sie eine Nothfrist, welche mit dem letzten Augenblicke ohne alle Ungehorsamsbeschuldigung abläuft.

Diese ganze Frist bezieht sich nun ihrem Zweck nach lediglich auf das Vorbringen oder die Contestation der Gründe der Excusation und Nomination, keineswegs aber auf den Beweis und die Ausführung derselben (32).

Ist jedoch der Vormund blos vor Gericht erschienen, ohne Gründe der Excusation angeführt zu haben, so hat er sein Excusationsrecht verloren (33); er müßte denn wider seinen Willen und ohne seine Schuld an der Fortsetzung des Prozesses verhindert worden sein, wo ihm ebenfalls die Rücksicht auf Ehehaften zu Statten kommt (34).

Hat er einzelne Excusationsgründe allegirt, andere hingegen nicht, so hat er wenigstens die letztern verloren (35) und darf nur die allegirten späterhin ausführen.

(31) arg. Ulp. lib. 2. ad ed. L. 3. pr. de V. S. cf. L. 3. de feriis.

(32) L. 38. h. t. Vat. Fr. §. 164.

(33) L. 13. §. 1 h. t. *Δεῖ γὰρ αὐτοὺς ἐμπροθέσμως προσελθεῖν τῷ δικαστῇ.* L. 13. §. 6. *Ἀπόχρη δὲ ἐντὸς τῆς προθεσμίας ἐντυχεῖν μόνον.* vgl. L. 13. §. 8. . . . *οὐκ ἀπόχρη τὸ προσελθεῖν τῷ δικάζοντι, ἀλλὰ δεῖ αὐτὸν καὶ περὶ τοῦ εἴδους τῆς ἀφέσεως μαρτύρασθαι.* Der alte Interpres übersetzt also *ἐντυχεῖν* besser durch excusari, als Augustinus durch adesse. Kriegel l. c. n. 427. 429.

(34) L. 13. §. 6. h. t. *ἐὰν γὰρ μετὰ ταῦτα μὴ ἑκὼν ἀπολειφθῇ, οὐκ ἔσται παραγράψιμος.*

(35) L. 13. §. 8. h. t. vgl. mit L. 21. §. 1. h. t.

Das prozessualische Organ des Verlustes ist übrigens eine praescriptio (παραγραφή) von 50 Tagen (36), freilich nicht in der Bedeutung einer Anfangsclausel der Formel, sondern in dem allgemeinen Sinn, in welchem Einreden, die von der Versäumung einer Frist hergenommen sind, auch bei dem Cognitionsverfahren Präscriptionen genannt werden (37).

Die Folge des gänzlichen Verlustes aller Excusationen ist, daß der Vormund vom Augenblick der Ernennung ipso jure Tutor ist und vom Augenblick der erlangten Kunde seiner Bestellung das periculum cessationis trägt (38), welches der Pflegling demnächst mit der actio tutelae oder negotiorum gestorum utilis geltend machen kann (39), so fern er (dem Beklagten den Gegenbeweis vorbehältlich (40)) darthut, daß die Anstellung durch Insinuation oder anderweit dem Beklagten bekannt geworden ist (41). Der Vormund ist also, wie die Constitution es ausdrückt, in derselben Lage, in welcher die sind, von denen die Consuln decretiren, daß sie auf ihre Gefahr zögern (42).

Es würde sogar dem Tutor nichts helfen, wenn er unge-

(36) Vat. Fr. §. 156. ne praescriptione L dierum excludatur. L. 3. C. h. t. propter praescriptionem quasi tardius adires nec a decreto provocaveris.

(37) L. 1. pr. de vacat.

(38) L. 1. §. 1. L. 5. §. 10. L. 17. de adm. L. 8. C. L. 19. C. de adm.

(39) L. 37. h. t.

(40) L. 5. C. de peric. tut.

(41) L. 5. de adm.

(42) Vat. Fr. §. 156. ac nisi id fecerint in ea causa fore, in qua sunt, de quibus Consules amplissimi decreverunt, periculo suo eos cessare. vgl. L. 13. §. 1. h. t. κἂν τούτων τι μὴ ποιήσῃ, ἔςαι ἐν τῇ αὐτῇ αἰτίᾳ, ἐν ᾗ ἦν ἄν, εἰ ἀπεφάνθη τῷ ἰδίῳ κινδύνῳ αὐτὸν ὀλιγωρεῖν.

achtet der versäumten Excusationsfrist dennoch vom Prätor losgesprochen wäre. Er würde vielmehr, wie auch die Constitution ausdrücklich erklärt, ipso jure tutor bleiben, das Periculum tragen müssen, und die Ernennung eines andern Tutors in seine Stelle würde null und nichtig sein (43).

Nur da, wo die datio null und nichtig ist, weil z. B. der Vormund der Jurisdiction des bestellenden Magistrats nicht unterworfen war, oder weil der Pupill bereits einen Tutor hatte, oder weil der Testator nicht das Recht der datio besaß, oder weil in der Form gefehlt ist, braucht die Excusationsfrist nicht beobachtet zu werden, vielmehr kann die Nichtigkeit zu jeder Zeit geltend gemacht werden (44).

Ebenso, wenn die datio zwar gültig ist, aber dem Vormund eine excusatio necessaria zur Seite steht, schadet die Versäumniß der Fristen ihm nicht, weil, wenn er sie nicht benutzt, der Magistrat auf Antrag der Angehörigen des Pupillen ihn removiren kann.

Hier trägt also der Tutor, wenn er sich nicht etwa pro tutore der Geschäfte angenommen hat, auch kein periculum cessationis (45).

(43) L. 13. §. 5. h. t. Basil. XXXVIII. 1. 13. Tom. V. p. 8.

(44) L. 13. §. 4. οὐκ ἄλλως ἀκουσθήσεται, ἐὰν μὴ φυλάξῃ τὴν προθεσμίαν, εἰ μὴ ἄρα τῆς ἑτέρας πόλεως πολίτης ἐςίν. Deutlicher die Basil. Tom. V. p. 8. (XXXVIII. I. 13.) Ὁ δὲ μὴ φυλάξας τὴν προθεσμίαν ἐνέχεται, εἰ μὴ ἄρα ἀνισχύρως ἐδόθη τυχὸν πόλεως ἑτέρας ὢν πολίτης· L. 13. §. 12. 13. h. t. L. 37. h. t. vgl. S. 11. §. 62.

(45) L. 13. §. 12. h. t.

b. Formalien.

§. 102.

In Rücksicht der Formalien der Excusation kommt es darauf an, ob Sessionen oder Ferien sind.

Wenn Sessionen sind, so geschieht das Anbringen (testatio, contestatio, allegatio excusationis) in folgender Art. Der Vormund denuntiirt seinem Gegner, vor dem Prätor zu erscheinen (1), verfügt sich darauf selbst zu diesem und trägt ihm die Gründe seiner Excusation entweder mündlich oder in einer schriftlichen Eingabe (libelli contestatorii) vor. Dieser Vortrag kann eben sowohl de plano als pro tribunali geschehen, da er blos den Zweck hat, die Präscription zu unterbrechen, keineswegs aber eine Erörterung der Excusationsgründe selbst einleiten soll.

Wenn aber gerade Gerichtsferien sind, so erfolgt die Contestation allemal durch einen Contestationslibell (2).

Vat. Fr. §. 156. Itaque ubi sciit, ne praescriptione L dierum excludatur, si sint sessiones, vel pro tri-

(1) Der Mangel dieser Denuntiation würde eine Nullität herbeiführen. L. 1. C. si tutor fals. alleg.

(2) Die Vorladung durch Denuntiationen, in älterer Zeit eine Eigenthümlichkeit der legis actio per condictionem, führte bekanntlich Marc Aurel, mit Beseitigung der vadimonia allgemeiner ein. Aurel. Victor. de Caesaribus c. 2. Die Allegation der Excusationen in den Gerichtsferien erlaubte ebenfalls eine Oratio desselben Kaisers. L. 2. de feriis.

bunali, vel de plano adversario, id est ei qui eum petit, denuntiare debet et adire praetorem et titulum excusationis expromere; si feriae sint, libellos det contestatorios.

L. 13. §. 8. 10. h. t. *Χρὴ δὲ μιᾷ μαρτύρασθαι πρὸ βήματος ἢ ἄλλως ἐπὶ ὑπομνημάτων. Δύναται δὲ καὶ βιβλίδια ἐπιδοῦναι χαμόθεν, ὡς καὶ αὐτοί φασιν αὐτοκράτορες.*

Augustin's Uebersetzung dieser letztern Stelle hat das Mißverständniß erzeugt, als ob die Excusation auch vor dem Kaiser durch eine Supplication hätte angebracht werden können. Allein *βιβλίδια ἐπιδοῦναι χαμόθεν* heißt nicht supplices libellos, sondern libellos de plano dare und der Sinn ist vielmehr der, daß sowohl vor dem Tribunal, als apud acta, d. h. in der Canzlei des Prätors zu Protocoll, als auch endlich de plano (3) die Contestation der Excusationen geschehen könne (4).

Soviel über die Formalien der Excusation. Ueber das Anbringen der Nomination haben wir noch speciellere Nachrichten.

Bei dieser überreicht nämlich der Vormund dem Prätor vor dem Tribunal oder de plano ebenfalls einen contestatorischen Libell, dessen Form in einem Rescript von Marcus an den Aemilianus näher bestimmt worden ist. Er muß nämlich in 4 Exemplaren eingegeben werden, von welchen wahrscheinlich

(3) Basil. XXXVIII. 13. 1. *διὰ λιβέλλου ἐξ ἐπιπέδου.*

(4) Cujac. Praelect. in tit. de div. reg. jur. ad L. 71. de R. J.

eins bei den Acten bleibt, das zweite dem Gegner, d. h. dem Erbitter, das dritte dem Potior oder dem Gegner in dem neuen Nominationsprozesse zugefertigt wird und das vierte entweder wegen des möglichen Gebrauchs im Fall der Citation vom Vormund selbst zurückbehalten oder etwa auch den Magistraten, welche die Citation besorgen, zugefertigt wird. Die innere Einrichtung, wie sie in den Vaticanischen Fragmenten nicht nur beschrieben, sondern auch durch ein merkwürdiges Formular anschaulich gemacht wird, ist ungefähr diese: Man beginnt mit einer species facti, worin man erzählt, wann man zum Tutor ernannt sei und wann man dieses erfahren habe. Alsdann erklärt man, einen bessern vorschlagen zu wollen und bezeichnet zu diesem Ende nicht nur die Person desselben, sondern auch die Eigenschaften weshalb er potior sei, auf das Genaueste. Man giebt also den Grad seiner Verwandtschaft mit dem Pupillen, das Municipium in welchem er Mitbürger, das Collegium in welchem er Sodalis desselben ist, sein Vermögen, seinen Stand, sein Domicil und überhaupt alle hier in Betracht kommenden Gründe auf das Speciellste an. Als Schlußclausel fügt man die Bitte an den Prätor hinzu, um der Fatalien und der Sistirung der Präscription willen diesen Libell annehmen zu wollen. Eine Emendation dieses Libells, z. B. ein Nachtrag vergessener Gründe der größern Nähe des Nominatus, ist, gerade wie bei der Excusation, nur vor dem Ablauf der Fatalien möglich (5).

(5) Vat. Fragm. §. 166. 167. 210. Paull. R. S. II. 28. §. 1.

2. Rechtfertigung.

§. 103.

In Ansehung der Justification unsers Rechtsmittels ist die Excusation von der Nomination zu trennen.

I. Wenden wir uns zuerst zur Excusation, so verdienen zuvörderst die Fatalien, sodann die Instruction und endlich der Beweis derselben eine nähere Erwägung.

1) Die Fatalien der Rechtfertigung betragen 4 hinter einander fortlaufende Monate (quatuor menses continui) vom Tage der Nomination an gerechnet (1). Nominatio aber bezeichnet hier keineswegs die professio, allegatio oder contestatio excusationis, sondern die Ernennung zum Vormunde, wie Haubold gegen Gebauer sehr gründlich gezeigt hat (2). Die Frist besteht also nicht aus 4 neuen Monaten von der Allegation, sondern aus 4 Monaten von der Bestellung an gerechnet. Da aber das fatale interpositionis erst a die notitiae läuft, so würde es zu ganz widersprechenden Resultaten führen, wenn man das fatale justificationis schon vom Augenblick der Bestellung selbst berechnen wollte. Z. B. ein Vormund der nach 4 Monaten erst Kunde von seiner Bestellung erhielte, würde jetzt die Justificationsfrist schon ver-

(1) L. 38. h t. Quinquaginta dierum spatium tantummodo ad contestandas excusationum causas pertinet: peragendo enim negotio ex die nominationis continui quatuor menses constituti sunt.

(2) Haubold exerc. jur. civ. de temp. continui et utilis comp. c. 5. Opusc. acad. ed. Wenck. Vol. I. p. 424.

säumt haben, während die Interpositionsfrist ihm erst zu laufen anfinge. Schon Accursius versteht daher ganz richtig unter dem dies nominationis den dies *cognitae* nominationis, welche Erklärung auch Anton Faber und Haubold gebilligt haben (3).

Ebenso wird auch im Laufe dieser Frist, wenn sie gleich ein continuum tempus ist, auf billige Hindernisse Rücksicht genommen. Wenn nämlich der Vormund durch die Langwierigkeit des Verfahrens so lange aufgehalten ist, daß er in jener Frist nicht hat fertig werden können, so schadet ihm die Versäumniß derselben nicht (4).

2) Die Instruction der Rechtfertigung erfolgt durchweg vor dem Magistrat und zwar pro tribunali, das ja allenthalben, wo es auf eine causae cognitio ankommt, ein Verfahren de plano unzulässig ist. Dies ist der Sinn folgender mehrfach mißverstandenen Stelle des Ulpian:

L. 25. h. t. Excusare se tutor per libellos non poterit.

Accursius erklärt dieselbe so, als ob zur Contestation der Excusationsgründe persönliche Gegenwart des Tutors erforderlich wäre, oder als ob dieselbe wenigstens nicht durch eine Eingabe geschehen könnte, sondern pro tribunali geschehen müßte. Allein dem widerspricht nicht nur die ratio juris, indem sich nicht einsehen läßt, wozu eine persönliche und

(3) A. Faber Jurispr. Pap. Scient. XXIV. 1.7. Haubold l. c.

(4) L. 39. h. t. Si quum ipse instituerit, ut proferret excusationem, mora contradictionis impeditus est, quominus decreto liberaretur, excusationem recte probari.

mündliche Verhandlung da nützen sollte, wo es blos auf Unterbrechung der Präscription ankommt, theils aber auch das ausdrückliche Zeugniß des Modestin (5). Die richtige Erklärung ist mithin die, daß bei der Rechtfertigung der Excusation eine blos schriftliche Eingabe unstatthaft, vielmehr eine genaue Untersuchung nothwendig ist, welche denn nicht anders als mündlich und vor dem Tribunal erfolgen kann (6).

3) Ueber den Beweis der merita oder causae treten die allgemeinen Regeln ein. — Die Beweislast liegt zunächst dem Provocanten ob. — Die Beweismittel sind nach der Natur der verschiedenen Excusationen verschieden (7). Mißlingt der Beweis eines Grundes, so kann, wenn die Justificationsfrist noch läuft, noch der Beweis eines zweiten, dritten Grundes u. s. w. angetreten, auch noch die potioris nominatio ergriffen werden, da man durch Vorschützung einer Excusation auf dieses schwächere Mittel keineswegs verzichtet hat (8).

Nur nach völligem Ablauf der Frist kann zwar der Beweis einer Excusation noch zu Ende gebracht, aber der einer neuen nicht mehr übernommen werden (9).

Unter den neuern Gesetzgebungen enthält nur die Preußische über die Rechtfertigung der Excusation nähere Bestimmungen. Vermöge derselben soll der Provocant seine Ent-

(5) L. 13. §. 10. h. t. vgl. S. 186.

(6) L. 9. §. 1. de off. Procons. L. 71. de R. J. Cujacius Praelect. ad tit. de R. J. ad l. 71.

(7) Vgl. oben z. B. §. §. 74. 75. 76. 91. 92.

(8) L. 21. §. 1. h. t. Vat. Fr. §. 206. §. 16. J. h. t.

(9) L. 39. h. t.

schuldigungsgründe zu Protokoll erklären und darauf an demselben oder dem nächsten Sessionstage durch Resolution beschieden werden (10). — Indeß auch gemeinrechtlich kommen die Römischen Grundsätze nicht mehr genau zur Anwendung; es gilt vielmehr überall ein unbestimmt summarisches Verfahren.

II. Ganz anders ist der Gang des Verfahrens bei der Nomination.

Während bei der Excusation der Vormund mit demjenigen zu thun hat, der ihn zum Vormunde vorschlug, so hat er bei der Nomination eines Bessern, eben diesen potior, welchen er vorschlug, zum Gegner. Deshalb hat das Nominationsverfahren folgende von dem Excusationsprozesse abweichende Eigenthümlichkeiten:

1) Der Vormund muß zuvörderst die Vorladung des von ihm vorgeschlagenen Potior auswirken. Zu diesem Ende bittet er den Prätor gleichzeitig mit der Einreichung seiner Eingabe des Nominationslibells um eine Denunciation im Namen und aus obrigkeitlicher Macht des Prätors selbst (ut denuntietur ex auctoritate (11)). Wenn diese nichts fruchtet, so bittet der Vormund den Prätor um ein Rescript oder Requisitionsschreiben an die Magistratus des Municipiums, dessen Civis oder Incola der vorgeschlagene Potior ist, wodurch diese ersucht werden, durch die ihnen zu Gebote

(10) A. G. O. XXXIX. §. 3. Landr. §. 205.

(11) Vat. Fr. §. 167. Si pro tribunali dabuntur vel de plano, IV dandi erunt et petendum, ut denuntietur ex auctoritate: cum denuntiaverit et non venerit, libellos det, ut litteras petat.

stehenden Mittel dessen Erscheinen zu bewirken (ut compellant eum venire). Diese Bitte wird gewöhnlich in einer zweiten Eingabe (libelli) dem Prätor vorgetragen, welche jedoch von dem Nominationslibell wohl unterschieden werden muß. Das Requisitionsschreiben wird ihm den Tag nach seiner Eingabe zugefertigt, worauf ihm eine Reisefrist, 20 Meilen auf einen Tag gerechnet, gestattet wird, um es den Magistraten einzuhändigen (12). Zehn Tage Frist sind ihm dann gegönnt, um deren Antwort abzuwarten. Nach Ablauf dieser Zeit muß er mit der Antwort zum Prätor zurückreisen, wobei ihm wiederum für jede 20 Meilen der Entfernung ein Tag gut gethan wird und dann muß er in der nächsten Session pro tribunali dieselbe dem Prätor überreichen, damit dieser das Erforderliche darunter eigenhändig bemerke (13).

2) Die Fatalien der Nomination sind nicht, wie die der Excusation, 4 Monate von der Nachricht der Ernennung an gerechnet, sondern es besteht hier der Grundsatz, daß der Nominans von dem Tage der Nomination an bis zum Ende des Prozesses in jeder Sitzung den Prätor angehen muß, um seine Sache gegen den Potior zu betreiben. Versäumt er also auch nur eine einzige Session, so kann er mit einer Präscription ausgeschlossen werden (14). Ausgenommen sind jedoch:

Erstens: die Sessionen de plano; weil das ganze Ver-

(12) Vat. Fr. §. 162.
(13) Vat. Fr. §. 162. 163.
(14) Vat. Fr. §. 161. 165.

fahren als eine causae cognitio nur vor dem Tribunal verhandelt werden kann (15).

Zweitens: die Sessionen während der Zeit zwischen der Impetration der Requisitionsschreiben und der Zurückgabe derselben an den Prätor. Denn während dieses Zeitraums muß er ja abwesend sein, um die Ueberbringung der litterae und die Citation zu besorgen, es kann ihm mithin nicht zugemuthet werden, zugleich in Rom seine Sache zu betreiben (16). Bei der denuntiatio ex auctoritate scheint folglich die fortgesetzte Betreibung in den Sessionen allerdings erforderlich gewesen zu sein.

3) Ist der Nominat vor dem Prätor erschienen, so beginnt pro tribunali zwischen ihm und dem Nominanten ein contradictorisches Verfahren, bei welchem besonders unterschieden werden muß, ob der Nominat seine Eigenschaft als Potior läugnet oder eingesteht.

Läugnet nämlich der Nominat näher zur Vormundschaft zu sein, so darf er keinen bessern mehr vorschlagen, und wenn ihn der Nominant der Unwahrheit förmlich überführt, so darf er sich sogar nicht einmal mehr excusiren, weil dies in dem Rescript von Sever und Caracalla an den Claudius Herodianus (S. 134.) ausdrücklich verboten wird (17). Gelingt dem Nominanten dieser Be-

(15) Vat. Fr. §. 161.

(16) Vat. Fr. §. 165.

(17) Vat. Fr. §. 208. Is qui potior nominatus est, siquidem neget se esse in ea conjunctione, amplius nominare potiorem non potest: convictus ne excusare se quidem poterit: *ut est rescripto dominorum nostrorum ad Claudium Herodianum* de excusatione insertum. (Die cursiv gedruckten Worte sind ergänzt.)

weis nicht, so steht ihm innerhalb der 50tägigen Nominationsfrist immer noch eine zweite Nomination, nicht aber noch eine Excusation offen (18), weil in der Ergreifung der Nomination schon die stillschweigende Erklärung enthalten ist, daß er keine Excusation habe, indem er sonst nicht zuerst zu dem schwächern Mittel seine Zuflucht genommen haben würde (19). Selbst Restitution wegen Irrthums wird dagegen nicht bewilligt, weil dieser Irrthum nur Rechtsirrthum sein würde (20) und eine Protestation kann, als eine protestatio factis contraria, ebenfalls nicht berücksichtigt werden (21).

Auf der andern Seite kann der Nominat aber auch zugeben, daß er näher sei, aber seinerseits noch selbst wieder einen bessern nominiren. Vor der Oratio Severi war dieser Fall sehr viel häufiger, als er vorkommen kann, nachdem die Oratio diese Befugniß so sehr eingeschränkt hat. Nennt aber der Nominat wirklich einen noch nähern (magis potior), so beginnt nun zwischen ihm und diesem ein neues Verfahren (22).

Excusiren kann sich jedoch der Nominat nicht, weil die Excusation eine gültige Anstellung voraussetzt, während der Nominat doch nur noch erst vorgeschlagen, nicht schon definitiv ernannt ist.

(18) Vat. Fr. §. 164.
(91) Vat. Fr. §. 207.
(20) Vat. Fr. §. 242.
(21) Vat. Fr. §. 207. in fin.
(22) Vat. Fr. §. 206.

3. Endurtheil und Rechtsmittel dagegen.

§. 104.

Quellen:

D. XLIX. 10. Si tutor curator magistratus creatus appellaverit.

C. V. 63. Si tutor vel curator falsis allegationibus excusatus sit.

Nach beendigtem contradictorischen Verfahren erläßt der Magistrat ein Decret, in welchem er über die Relevanz der Excusation oder Nomination entscheidet.

Fällt dieses Decret für den Vormund günstig aus, so ist derselbe zwar ipso jure noch Tutor oder Curator, aber er ist frei von der Gefahr der Administration (1) und es kann ein anderer Vormund in seine Stelle ernannt werden, durch dessen Anstellung er auch das jus tutelae verliert (2).

Verwirft es dagegen die Excusation, so ist der Tutor, eben so, wie im Fall der Versäumniß der Frist (S. 194.), vom Augenblick der erhaltenen Nachricht seiner Ernennung an verpflichtet, die Gefahr der Cessation zu tragen und kann deshalb demnächst mit der actio tutelae oder negotiorum gestorum utilis belangt werden (3). Es ist also dem sich excusi-

(1) L. 22. C. h. t. Si tutor nominatus decreto Praesidis, habens excusationem absolutus es, ad te non pertinere periculum administrationis, manifestum est. Dat. XIII. Cal. Jan. Nicomediae.

(2) Thl. I. S. 403.

(3) L. 20. de adm. Tutor vel curator, cujus injusta appellatio pronunciata erit, cujusve excusatio recepta non sit, ex quo accedere ad administrationem debuit, erit obligatus. Preuß. Landr. §. 204. A. G. O. 39, §. 9. Oesterr. Gesetzb. §. 203.

renden Vormunde zu rathen, lieber unter den gehörigen Protestationen die Administration gleich Anfangs zu übernehmen und während des Prozesses fortzuführen (4).

Gegen das Urtheil sind indeß noch folgende Rechtsmittel zulässig:

I. Die Appellation oder Provocation. Zwar ist dieses Rechtsmittel gegen das die Vormundschaft injungirende Decret aufgehoben (S. 8.); hingegen in Beziehung auf das Decret über die Relevanz der Excusation ist es auch noch von Marcus beibehalten worden (5). Die Fatalien sind im ältern Römischen Recht 2 oder 3, im neuern 10 Tage; nach neuern Gesetzgebungen oft wieder kürzer (6). Während der Instruction der Appellation wird ein intermistischer Vormund bestellt (7). Die Instruction wird übrigens auch dann fortgesetzt, wenn der Tutor während derselben gestorben oder der Pupill mündig geworden ist, indem ja immer noch ein Erkenntniß, wenn auch nicht über die Excusation selbst, doch über die Gefahr der Zwischenzeit nöthig ist (8). Diese muß nämlich, wenn die Appellation ebenfalls verworfen wird, der Tutor oder dessen Erbe tragen (9), weil Ungehorsam gegen

(4) Code civ. a. 441.

(5) L. 13. pr. de excus. L. 1. §. 1. Quando app. „et si fuerit pulsa, tunc demum appellare debebit: ceterum ante frustra appellatur." Theophilus ad §. 16. J. h. t. de excus.

(6) Preuß. G. O. 39. §. 5—8. Sächs. P. O. 9, 4. — Code civ. a. 440.

(7) L. 2. 28. de tut. dat. L. 17. §. 1. de app.

(8) L. 39. §. 6. de adm. L. 15. C. de excus. L. 2. h. t.

(9) L. 39. §. 6. de adm. L. 20. de adm.

einen obrigkeitlichen Befehl nicht als levis culpa betrachtet werden kann (10).

Nach heutigem Recht hat indeß dieses Rechtsmittel wie das Excusationsverfahren überhaupt, wegen des schleunigen Verfahrens keine erschöpfende Natur. Es wird daher dem unterliegenden Vormund gewöhnlich gestattet, seine anerkannten Entschuldigungsgründe in einem separatum gegen die actio tutelae utilis besser auszuführen (11).

II. Nichtigkeitsbeschwerde. Diese findet in folgenden Fällen Statt.

1) Wenn die Sentenz, welche die Excusation verwirft, nicht blos ein subjectives Recht der Parthei (jus litigatoris), sondern einen objectiven, entschiedenen und klaren Rechtssatz (jus constitutionis) verletzt. Wenn also z. B. der Richter die Excusation deshalb verwirft, weil er die Fatalien für versäumt oder die gesetzlichen Excusationsgründe für unerwiesen erklärt, so verletzt er blos das jus litigatoris und das Decret wird rechtskräftig, sobald nicht gegen dasselbe appellirt wird. Wenn er hingegen gesetzlich anerkannte Excusationsgründe, z. B. Alter, Kinder u. s. w. als ganz irrelevant gar nicht einmal zum Beweise zulassen will, so verletzt er das jus constitutionis und sein Urtheil beschreitet die Rechtskraft niemals (12).

2) Umgekehrt, wenn das Decret eine Excusation zuläßt, welche

(10) L. 39. §. 6. de adm. L. 199. de R. J.

(11) Preuß. G. O. 39, 10.

(12) L. 1. §. 2. Quae sent. sine app. L. 3. 6. C. de excus.

welche auf nichtigen oder irrelevanten Behauptungen beruht, z. B. auf Privilegien, die erst in aller Eile nach erhobener petitio erworben oder nach abgelaufener Verjährung vorgebracht (13) sind, folglich hier nicht mehr in Betracht kommen (14) oder auf Excusationsgründen, welche durch Renunciation beseitigt sind (15), oder welche rechtlich gar nicht existiren (16), so ist es ebenfalls null und nichtig (17). Es bedarf folglich keiner Restitution gegen dasselbe, sondern einer ganz einfachen, an keine Verjährungsfrist gebundenen Allegation, welche sowohl in demselben Gericht, als bei dem Kaiser angebracht werden kann (18). Wird sie durchgesetzt, so hat dies die Folge, daß der Vormund das periculum administrationis et cessationis vom Augenblick der Kunde von der Bestellung an zu tragen schuldig ist (19). Doch wird bei diesem letztern Punkt auch hier, wie immer, vorausgesetzt, daß der Vormund in mala fide war, das heißt, daß der die Nichtigkeit seiner Excusation kannte. Beruhigte er sich dagegen bona fide bei dem ihn entbindenden Decret, so findet die utilis actio

(13) L. 28. pr. de exc. Tutor petitus ante decreti diem si aliquod privilegium quaerit, recte petitionem institutam excludere non poterit.

(14) §. 101. S. 193.

(15) L. 2. C. h. t.

(16) L. 11. §. 2. de min.

(17) §. 20. J. de exc. Si quis autem falsis allegationibus excusationem tutelae meruit, non est liberatus onere tutelae.

(18) L. 1. C. h. t. praeses provinciae audiet vos. L. 11. §. 2. de min. Nullas partes esse Praetoris (d. h. es findet keine prätorische Restitution Statt) — sed Principes intervenire et reducere hunc ad administrationem, qui perperam esset a Praetore excusatus.

(19) L. 1—3. C. h. t.

wegen Cessation nicht gegen ihn Statt. Einen interessanten Rechtsfall dieser Art referirt Scävola (20). Ein testamentarischer Tutor verlangt von der Tutel entbunden zu werden, weil er 3 Kinder habe und außerdem seine Bestellung nichtig sei, indem der Pupill bereits einen gesetzlichen Tutor habe. Der Prätor ertheilt zum Bescheide: Wenn es mit der Nullität seine Richtigkeit habe, so bedürfe er gar keiner Excusation, sondern sei schon ipso jure frei. Es findet sich aber später, daß jene Voraussetzung (welche ohnehin bei einem testamentarischen Tutor schon rechtlich (21) nicht in Betracht kommen konnte, factisch ganz falsch gewesen war, indem der Pupill gar keinen legitimus tutor hatte, daß mithin die Bestellung gültig und die Excusation dennoch nöthig gewesen war. Da sich nun aber der Tutor bei jenem Decret beruhigt hatte, also die Fatalien längst verstrichen waren, so war er nicht excusirt und mußte die Vormundschaft übernehmen. Nur das periculum cessationis traf ihn nicht, weil er sich bona fide für losgesprochen gehalten hatte.

(20) L. 37. h. t. Scaevola lib. 2. resp.

(21) Thl. I. S. 320. 321.

Vierter Abschnitt.

Verwaltung der Vormundschaft.

I. Antritt der vormundschaftlichen Amtsführung.

A. Bestätigung.

§. 105.

Quellen:

R. P. O. v. 1548. Tit. 31. §. 2. v. 1577. Tit. 32. §. 2. R. A. v. 1570. §. 99.

Da nach deutschen Rechtsansichten das Mundium in Ermangelung natürlicher oder rechter Vormünder dem Rechte selbst nach der Obrigkeit zusteht (§. 49.), folglich der Vormund blos als deren Bevollmächtigter angesehen werden kann (1), so bedarf er, ehe er sein Amt antritt, allemal erst

(1) Preuß. Landr. §. 235—240.

einer Bestätigung und Bevollmächtigung durch die obervormundschaftliche Behörde (s. g. confirmatio ex jure Germanico).

Dieser Satz findet sich bereits im ältern Deutschen Recht (2) und ist durch die Reichsgesetzgebung gegen die Römische Ansicht, daß bei gesetzlichen und testamentarischen Vormündern keine Confirmation (3) und bei einem einzeln stehenden gültig ernannten Vormunde keine Decernirung der Administration erforderlich ist (4), in Schutz genommen worden, weshalb er noch gegenwärtig als gemeinrechtlich betrachtet werden muß. Die nähern Bestimmungen dieses Rechtssatzes sind folgende:

I. Einer Bestätigung bedürfen, abgesehen von der natürlichen Vormundschaft des Hausvaters und Ehemannes (Th. I. S. 177. N. 28. S. 182. N. 10. S. 185. N. 4.), sowohl die gesetzlichen und testamentarischen als die obrigkeitlichen Vormünder und Curatoren (5).

II. Die Obrigkeit muß hierauf die Tüchtigkeit des Vormundes, falls dies nicht schon bei dessen Ernennung selbst geschah, prüfen, kann jedoch der Regel nach nur in den Fällen einer wahren Unfähigkeit (§. 64—74.) die Bestätigung verweigern. In jedem andern Fall kann der übergangene Vormund auf rechtliches Gehör antragen (6).

(2) Freiburg. Stat. v. 1520. fol. 49. b. Hadeler Landr. bei Pufendorf Obss. P. III. Tit. 2. p. 36.

(3) L. 1. pr. de leg. tut. L. 20. §. 1. de testam. tut.

(4) L. 19. §. 1. de test. tut. L. 5. §. 3. de leg. tut.

(5) R. P. O. v. 1577. Tit. 32. §. 2.

(6) Preuß. Landr. §. 179—201. 997. Ueber das Verfahren A. G. O. I. 39. §. 11. 12.

III. Erfolgt die Bestätigung wirklich, so wird dem Vormunde nach erfolgter Verpflichtung zu seiner Legitimation eine schriftliche Bestallung (tutorium oder curatorium) zugefertigt, in welcher das Alter der Pflegbefohlenen und nächst den allgemeinen Pflichten der besondere Umfang der vormundschaftlichen Gewalt im concreten Falle angegeben wird (7). Für dieses Decret sind die gesetzlichen Sporteln zu entrichten(8).

IV. Der unbestätigte Vormund ist in Rücksicht seiner Amtsrechte wie ein falsus tutor oder curator d. h. wie ein Nichtvormund (9) zu betrachten; seine Dispositionen sind folglich null und nur Handlungen, bei denen Gefahr auf dem Verzuge steht, kann er vor erfolgter Bestätigung vornehmen (10). In Rücksicht seiner Pflichten ist er aber nicht blos wie ein Protutor zu behandeln, vielmehr trägt er das periculum cessationis (11).

B. Cautionen.

1. Satisdation.

§. 106.

Quellen:

Inst. I. 24. de satisdatione tutorum vel curatorum.

(7) R. A. v. 1570. §. 99. Gerstlacher Hdb. der Reichsgef. 10. S. 1805 ff. Preuß. Landr. §. 222—223. Oesterr. G. B. §. 206. 212.

(8) L. 30. C. de ep. aud. (Thl. I. S. 441.) Hoffmann Vormundschaftsr. S. 172. 182.

(9) Neustetel im Archiv für civ. Pr. I. S. 246. ff.

(10) Preuß. Landr. §. 225. 226.

(11) Nicht genau drückt sich daher Gensler im Archiv für civ. Pr. I. S. 396. ff. aus.

D. XLVI. 6. Rem pupilli vel adolescentis salvam fore.

C. V. 42. de tutore vel curatore qui satis non dedit.

Nov. 72. c. 8. 118. c. 5.

Gesta Reatina a. 557.

Gleich bei oder unmittelbar nach seiner Bestätigung muß der Vormund seiner Verwaltung wegen durch Bürgen, Pfänder, Eid oder Gelöbniß Caution stellen.

Was zuvörderst die erste, die satisdatio rem pupilli vel adolescentis salvam fore betrifft, so ist dieselbe durch ein prätorisches Edict (1) eingeführt, welches jünger als die Lex Atilia, Julia und Titia (2), aber auf jeden Fall älter als Trajan ist (3), den man früher irrig als den Urheber betrachtete (4).

Dieses Edict enthält nämlich die allgemeine Verheißung, jedem Vormunde die Satisdation rem salvam fore anbefehlen zu wollen (caveri oder satisdari jubebo (5)). Die Stipulation selbst ist demnach eine prätorische, und zwar eine cautionalis, d. h. eine solche, die gegeben wird, um eine neue actio (nämlich die actio ex stipulatu) zu begründen (6). Da sie jedoch im Nothfall noch vom Judex nachgefordert

(1) Gajus I. 199. L. 4. C. h. t. L. 1. §. 2. de stip. praet. Restitutionen s. bei de Weyhe libri tres edicti p. 289.

(2) §. 3. J. de Atil. tut.

(3) L. 1. C. de mag. conv.

(4) Hotomani Comm. ad Inst. §. 3. de Atil. tut.

(5) L. 5. §. 2. de V. O.

(6) L. 1. §. 2. de stip. praet.

werden kann, so betrachten sie andere Stellen auch wohl als eine stipulatio communis (7).

Die nähern Bestimmungen ihrer Natur sind folgende:

I. Das competente Gericht, vor welchem der Tutor die Stipulation zu leisten hat, (ubi sponsione se defendere debet) ist in Rom der Prätor (8), in den Provinzen die Präsides. Da jedoch die stipulatio eine necessaria, keine voluntaria ist, so genießt der Vormund unter Umständen nach vorgängigem jusjurandum de calumnia (9) die Rechtswohlthat der remissio oder evocatio in municipium, d. h. er hat das Recht, vor den Magistratus seines Wohnorts oder in einer andern ihm bequemer gelegenen Stadt derselben Provinz die Satisdation abzuleisten (10).

II. Anspruch auf diese Stipulation haben alle unter einer Vormundschaft befindliche Personen, welche mit Verwaltung des Vermögens verbunden ist (11). Womöglich muß die Promission an den Pflegbefohlenen in Person geschehen (12). Ein Anderer kann deshalb nicht stipuliren, weil er kein juristisches Interesse hat: rem pupilli salvam esse. Wenn jedoch ein Vormund seinem Collegen die Administration cedirt und darauf rem salvam fore stipulirt, so muß die Gültigkeit

(7) L. 5. pr. de V. O. §. 4. J. de div. stip. Theophilus ad §. 4. J. cit.

(8) L. 2. h. t.

(9) L. 8. §. 5. 6. Qui satisd. cog.

(10) L. 7. §. 1. L. 8. §. 4. Qui satisd. cogantur.

(11) Rubr. und L. 4. §. 8. D. h. t. L. 8. de cur. fur. L. 3. C. de postlim.

(12) L. 6. h. t. L. 1. §. 15. de mag. conv.

der Stipulation behauptet werden, weil er jetzt hinreichendes juristisches Interesse hat, da er dem Pupillen obligirt ist, sobald diesem ein Nachtheil erwächst (13). Kann jedoch der Pflegling nicht selbst stipuliren, so wird die Promission seinem Sclaven (14) oder seinem Haussohn (15) geleistet. Hat er weder den einen noch den andern, so muß ihm ein Sclav gekauft und wenn dieses nicht wohl thunlich ist, die Stipulation von einem servus publicus (gewöhnlich einem tabularius (16)) oder einem, vom Prätor zu diesem Zweck bestellten freien Menschen, oder vom Ordo, oder vom Duumvir selbst (17) vorgenommen werden. In beiden Fällen wird nun zwar die obligatio ex stipulatu dem Stipulator erworben, doch hilft der Prätor dadurch, daß er diesem die directa actio ex stipulatu denegirt und sie dem Pflegbefohlenen als utilis giebt (18).

III. Anbefohlen wird die Ableistung im Edict allen Tutoren und Curatoren, welche Verwaltungsrecht haben, also zwar nicht den Geschlechtstutoren, wohl aber dem tutor pupilli, dem curator ventris et bonorum, pupilli, adulti, furiosi, prodigi, sibi non sufficientis, absentis, hereditatis und bonorum vendendorum, gleichviel ob diese Vormünder generell (personae) oder ob sie ad species, (certae rei vel causae) gegeben sind (19).

(13) L. 38. §. 20. de V. O. vgl. L. 55. §. 2. L. 5. §. 3. de adm. L. 2. C. si mater.

(14) L. 2. h. t.

(15) L. 5. h. t. vgl. L. 7. §. 4. C. de cur. fur.

(16) Theophilus ad §. 4. J. cit.

(17) L. 2. 3. h. t. L. 1. pr. §. 15. de mag. conv. Ein Beispiel geben die Reatinischen Gesta.

(18) L. 4. pr. h. t.

(19) L. 8. h. t. Ein Beispiel giebt der tutor ad litem im Reatinischen Protocoll.

Indeß können selbst bei genereller Tutel gewisse Delationsgründe eine Befreiung von der Cautionsleistung herbeiführen.

1) Zunächst kommen nämlich bei natürlicher Vormundschaft keine Cautionen, sondern nur gesetzliche Pfandrechte vor.

2) Sodann sind alle im Testament gegebenen (20) Vormünder von der Verbindlichkeit der Cautionsleistung eximirt (21), weil kein besonnener und verständiger Mensch seinen Kindern im Testament einen Vormund giebt, auf den man sich nicht so vollkommen verlassen kann, daß eine Cautionsleistung unnöthig wird (22). Stellt jedoch der Vormund freiwillig einen Bürgen, so hat es keinen Zweifel, daß dieser obligirt ist, weil ja der Hauptschuldner tutelae belangt werden kann (23). Auch muß der Tutor, wenn er allein die Administration haben und seine Collegen davon ausgeschlossen wissen will, allerdings Caution stellen (24).

3) Unter den unvollkommenen testamentarischen Vormündern ist freilich der vom Vater ernannte Tutor oder Curator, auch wenn er sine inquisitione confirmirt wird, von der Caution befreit (25), der von der Mutter, Großmutter (26)

(20) Dafür gelten aber auch die in confirmirten Codicillen bestellten. L. 4. pr. de test. tut. (Ulp. 35. ed.)

(21) Gajus 1. §. 200. pr. J. h. t. L. 3. 4. C. h. t.

(22) *Seneca* de benef. IV. 27. in fin. *Gajus* I. 200. pr. J. de satisd. tut. L. 27. C. de ep. aud. L. 7. §. 5. C. de cur. fur.

(23) L. 8. §. 4. de fidej.

(24) L. 4. C. h. t. vgl. §. 109.

(25) L. 3. de conf. tut. L. 1. §. 2. eod. L. 27. C. de ep. aud. L. 7. §. 5. C. de cur. fur.

(26) L. 2. 11. §. 1. de conf. tut.

oder einem andern Verwandten, z. B. dem patruus, oder von ganz fremden, z. B. vom Vater für sein uneheliches Kind (27) bestellte Vormund, ist dagegen nur dann befreit, wenn er vom Präfectus Urbi, Consul, Prätor oder Proconsul nach vorgängiger Untersuchung confirmirt wird. Hingegen wenn der Prätor den Municipalmagistraten aufträgt, ihn zu confirmiren, so müssen diese nicht nur seine Tüchtigkeit untersuchen, sondern auch Caution stellen lassen; haben sie dieses versäumt, so kann in subsidium gegen sie geklagt werden (28).

4) Eben so sind die von höhern Magistraten, z. B. dem Präfectus Urbi, Consul, Prätor oder Präses (29), nach vorläufiger Untersuchung ihrer Tüchtigkeit und ihres Reichthums (ex inquisitione (30)) bestellten Vormünder von der Satisdation frei, weil eben die genaue Prüfung der Tüchtigkeit die Caution überflüssig macht (quia satis idonei electi sunt (31)). Nur dann, wenn unter mehreren einer die Administration allein haben will, muß dieser rem salvam fore caviren (32).

Hiernach sind es denn also nur von Municipalmagistraten gegebene oder confirmirte (33), oder von höhern Magistraten sine inquisitione bestellte (34), oder endlich gesetzliche

(27) L. 7. pr. eod. Anders im Justinianischen Recht bei Concubinenkindern. L. 5. C. eod.

(28) L. 5. de conf. tut. Cujac. ad Pup. Lib. 11. Quaest. Opp. postum. T. I. p. 311 sqq.

(29) Gajus I. 200. L. 5. de conf. tut. L. 7. §. 6. C. de cur. fur. L. 27. C. de ep. aud.

(30) L. 8. de cur. fur. L. 7. §. 6. C. eod.

(31) Gajus I. 200. pr. J. de satisd. tut. Theophilus ad h. l. L. 5. de conf. tut.

(32) L. 4. C. h. t.

(33) Vorausgesetzt, daß bei letztern eine Inquisition nöthig war.

(34) Vgl. z. B. L. 6. §. 1. de tutelis. „tutorem do, si satisdederit."

Tutoren und Curatoren (35), welchen die Cautionsleistung obliegt. Indeß wird doch beim Patronus und dessen Kindern, welche in den Patronat succediren, bisweilen causa cognita eine Ausnahme gemacht, denn von ihnen wird mindestens dann, wenn das Vermögen des Pfleglings unbedeutend, oder der Patron eine ehrbare, vorwurfsfreie Person ist, keine Caution verlangt (36). Aber freilich gilt hier nur der freiwillige Manumissor für einen wirklichen Patron; derjenige hingegen, welcher erst nach dem S. C. (Vitrasianum?) zur Antretung und Restitution der Erbschaft und zur Manumission ex causa fideicommissi gezwungen werden mußte, kann in Beziehung auf die patronatische Tutel nur als ein Fremder angesehen werden, so daß ihm dieselbe ohne Satisdation nicht übertragen wird (37). Gleich dem Patron ist übrigens auch der vermögende agnatus und sonstige curator furiosi cautionsfrei (38), während die Mutter und Großmutter selbst nach dem neuesten Römischen Recht nicht dispensirt ist (39).

Dem ältern deutschen Recht waren übrigens alle diese römischen Ausnahmen fremd (40). Erst neuere Gesetze haben dieselben hergestellt (41) und erweitert, indem sie Vormünder, welche mit liegenden Gründen ansässig, oder die Caution zu leisten außer Stande sind, auch ohne dieselbe annehmen (42).

(35) Gajus I. 200.

(36) L. 5. §. 1. de leg. tut.

(37) L. 13. pr. §. 1. de tut. dat.

(38) L. 27. C. de ep. aud. L. 7. §. 6. C. de cur. fur.

(39) Nov. 94. c. 1. Nov. 118. c. 5. in fin.

(40) Richtsteig Landr. II. 2. R. P. O. v. 1548. Tit. 31. §. 3. 1577. Tit. 32. §. 3.

(41) Preuß. Landr. §. 433. 434.

(42) Bair. Landr. V, 4. Sächs. B. O. C. 10. §. 6. 20. §. 6.

Manche Gesetze heben sogar die ganze Verbindlichkeit ganz allgemein auf (43).

Bisher sind blos Vormünder als cautionspflichtige Personen bezeichnet worden. Ausnahmsweise kann jedoch auch ein Nichtvormund caviren müssen. Wenn nämlich einem unmündigen Sclaven die Freiheit und zugleich die Erbschaft durch ein Fideicommiß gegeben wird, so muß der eingesetzte Erbe, welcher bis zur Zeit der Restitution im Besitz der Erbschaft bleibt, rem salvam fore caviren. Ein Rescript Hadrian's hat diesen Grundsatz auch auf directe Manumissionen erweitert (44).

IV. Die ursprüngliche Form der Bestellung der Caution und das Verfahren dabei ist besonders in dem Reatinischen Protocoll auf das Anschaulichste beschrieben.

Sobald nämlich der Vormund vor Gericht erschienen ist, muß zuerst er selbst bekennen, daß er die angetragene Vormundschaft aus freiem Willen übernehme, daß er dieselbe gewissenhaft administriren (45) und, wie Justinian noch hinzugesetzt wissen will, daß er den Pflegbefohlenen nöthigenfalls ohne Verzug defendiren wolle (46). Hierauf wird ihm aufgegeben, seine Bürgen vorzuführen und nachdem diese um den Zweck ihres Erscheinens befragt sind, läßt sich der Stipulator von jedem derselben in der Formel idem fide tua jubes (47), oder rem

(43) Oesterr. G. B. §. 237. Würtemb. Landr. II. 8.

(44) L. 13. pr. de tut. dat.

(45) L. 1. §. 15. de mag. conv. Spangenb. tabb. negot. p. 137.

(46) L. 28. §. 4. C. de adm. tut. (531.)

(47) L. 2. C. de fid. tut.

salvam fore spondes (48), oder quod a curatore servari non potest, fide tua esse jubes (49), oder utiliter et integre sine fraude vel dolo minorum negotia spondes administrare (50), u. s. w. die Bürgschaft versprechen.

Ueber alle diese Gelöbnisse des Vormundes und der Bürgen wird eine öffentliche Urkunde (cautio, tabulae rem salvam fore cautionis) errichtet und dem Pflegbefohlenen späterhin zum Behuf des Beweises der Stipulation eingehändigt (51). Zugleich wird über den ganzen Hergang während desselben ein Protocoll (gesta (52), acta publica (53)), geführt dessen Edition die Vormünder selbst zu ihrer Legitimation und auch die Bürgen verlangen dürfen (54). Ein solches Protocoll ist uns eben in den mehr angeführten Reatinischen Gestis erhalten. Späterhin hat man es übrigens für hinreichend gehalten, wenn die Bürgen und Affirmatoren auch ohne mündliche Stipulation und Promission ihre Namen in jene öffentlichen Documente eintragen ließen. Ihre persönliche Gegenwart blieb jedoch immer nöthig (55).

V. Weigert sich der Vormund, die Caution zu leisten, so zieht dieses folgende Wirkungen nach sich:

A. Vor geleisteter Caution hat der Vormund zwar die

(48) L. 1. §. 15. de mag. conv. L. 2. C. de fid. tut.

(49) L. 41. pr. de fidej. L. 2. C. de fid. tut. L. 7. D. eod.

(50) Gesta Reat. p. 138.

(51) L. 5. de susp. tut. L. 28. §. 4. C. de adm. tut.

(52) Gesta Reatina. p. 138.

(53) L. 4. §. 3. de fidej. tut.

(54) Gesta Reatina. p. 138. in fin.

(55) L. 4. §. 3. de fidej. tut.

Verantwortlichkeit (56) aber nicht die Rechte der Administration (57).

1) Daher hat ein solcher Vormund zunächst gar kein jus alienandi (58). Wenn er also eine Sache des Pflegbefohlenen selbst in gesetzlicher Form alienirt hat, so steht diesem selbst und seinen Erben doch noch immer die rei vindicatio zu. Stellt er diese nun wirklich an, dann wird freilich dem Besitzer wegen seiner obligatorischen Ansprüche gegen den Verkäufer auf Evictionsleistung die exceptio rei venditae et traditae (sc. a curatore) nicht versagt werden können. Allein sobald der Kläger die Gültigkeit des Verkaufs bestreitet, indem er behauptet, der Vormund sei nicht dazu befugt gewesen, muß ihm gegen die exceptio rei venditae et traditae eine replicatio gestattet werden. Nur dann wenn der unbefugte Curator das gelöste Geld in das Vermögen des Pflegbefohlenen verwendet hätte, würde sich dieser durch die Vindication auf Kosten des Besitzers bereichern wollen, folglich mittelst einer doli duplicatio abgewiesen werden können (59).

(56) L. 5. C. h. t. (a. 306.)

(57) L. 13. §. 1. de tut. dat. tutela sine vinculo cautionis non committitur. L. 6. §. 1. de tutelis. L. 4. C. in quib. caus. in int. rest. i. e. L. 3. C. h. t.

(58) L. 5. C. cit. Tutor, qui satisdationem, quum satisdare debuit, minime interposuit, nihil omnino ex bonis pupilli alienare potest.

(59) In diesem letzten Fall müßte demnach die Formel vollständig etwa so gelautet haben: Si paret fundum Capenatem, q. d. a. ex jure Quiritium Ai. Ai. esse, si non curator eum No. No. vendiderit, aut si satisdatione interposita secundum decretum vendiderit, sive in ea re nihil dolo malo Ai. Ai. factum sit neque fiat tum nisi is fundus Ao. Ao. restituetur. Num. Num. Ao. Ao. condemnato: si non paret, absolvito. vgl. Gajus IV. 119. Cic. in Verr. II. 12. Keller Litiscontest. S. 213. Note 3.

Daß sich die Sache wirklich so verhält, geht aus einer interessanten Stelle des Julian deutlich hervor:

L. 7. §. 1. de cur. furioso. (*Julianus.*) Curator dementi datus, decreto interposito: *uti satisdaret*, non cavit, et tamen quasdam res (60) de bonis ejus legitimo modo (61) alienavit: si heredes dementis easdem res vindicent, quas curator alienavit, et exceptio opponetur, „*si non curator vendiderit*," replicatio dari debet „*aut si* (62) *satisdatione interposita secundum decretum vendiderit*" quod si pretio accepto curator creditores furiosi dimisit, triplicatio doli (63) tutos possessores praestabit.

2) Eben so hat aber auch ein Vormund, welcher noch gar nicht cavirt hat (64), kein jus agendi. Stellt er demnach eine actio des Pfleglings an, so deducirt er nichts in judicium und consumirt sie ipso jure nicht, derselbe kann also ungehindert zum zweiten Male klagen, ohne erst eine Restitution zu bedürfen. Dieser Grundsatz findet sich in einem Rescript Diocletian's, welches, nur unter einer andern Inscription, an zwei verschiedenen Orten des Codex vorkommt:

(60) Wahrscheinlich schrieb Julian mancipi res.

(61) Die Basiliken V, 169. erklären dies durch μετὰ δεκρέτου, aber dies konnte Julian noch nicht meinen.

(62) Ueber diese Conception der replicatio vgl. Keller Litiscontest. S. 339 ff. Heffter ad Gaj. IV. §. 126. L. 1. §. 4. de R. J.

(63) Mehrere Handschriften und Ausgaben lesen duplicatio, allein triplicatio kann auch die dritte exceptio, also die duplicatio bedeuten s. L. 2. §. 3. de exc. Keller a. a. O. S. 341. 342.

(64) Die bloße Geringfügigkeit der Bürgschaft thut dagegen der Gültigkeit seiner Handlungen keinen Eintrag. L. 28. C. de jure dot. cf. L. 6. de mag. conv. L. 9. C. de in int. rest. min.

L. 3. C. h. t. Impp. Diocl. et Maximianus A. A. Stratonicae P. P. 18. Cal. Jan. Nicomediae Diocl. 3. et Max. A. A. Coss. 287. i. e. (jedoch mit Weglassung des Anfangs: L. 4. C. in quib. caus. in int. rest. nec. non est. Impp. Diocl. et Max. A. A. Stratonicae P. P. 18. cal. Novemb. Nicomediae C. C. Conss. 294. — In dubium non venit, tutores, qui testamento dati non sunt, administrandi potestatem nisi satisdatione emissa salvam tutelam fore, non habere (fehlt in L. 4.). Si igitur tutor, (L. 4. si tutor tuus) qui pro tutelari officio non caverat, judicio expertus est: adversus (L. 4. contra) eum lata sententia juri tuo officere non potuit: nec ea quae ab eo gesta sunt, ullam firmitatem obtinent. Frustra igitur in integrum restitutionis auxilium desideras, quando ea, quae ab eo gesta sunt, (L. 4. setzt hinzu qui legitime administratoris personam sustinere non potuit) ipso jure irrita sunt.

Eine interessante Anwendung unseres Grundsatzes enthält die Fortsetzung der oben citirten Stelle des Julianus (65).

L. 7. §. 2. de cur. fur. Julianus lib. 21. Dig. Cum dementis curatorem, quia satis non dederat, et res male administraret, Proconsul removerit a bonis, aliumque loco ejus substituerit curatorem et hic posterior, cum nec ipse satisdedisset, egerit cum remoto nego-

(65) Daß sie von ihm ist, bezeugt auch ein Basilikenscholion. Bas. Tom. V. p. 169 sq. Schol. κ. λέγει Ἰουλιανὸς.

negotiorum gestorum, posteaque heredes dementis cum eodem negotiorum gestorum agant, et is exceptione rei judicatae inter se et curatorem utatur, heredibus replicatio danda erit: aut si is, qui egit, satisdederat. Sed an triplicatio (66) curatori profutura esset, judex aestimabit; nam si curator sequens pecuniam, quam ex condemnatione consecutus fuerat, in rem furiosi vertisset, doli triplicatio obstabit.

Erklärungen dieser Stelle geben die **Basiliken** (67), **Cujacius** (68), und neuerdings **Keller** (69). Ein Curator furiosi, der nicht cavirt hat, deducirt eine seinem Pflegbefohlenen gegen einen frühern abgesetzten Curator zustehende actio negotiorum gestorum in ein Judicium und zwar in ein judicium quod imperio continetur (70). — Der Beklagte wird nun condemnirt, zahlt das Geld dem klagenden Curator wirklich aus und dieser legt es in die Casse des Pflegbefohlenen. Hierauf stirbt der Wahnsinnige und seine Erben behaupten die Nichtigkeit des Verfahrens, weil der Curator wegen mangelnder Satisdation kein jus agendi gehabt habe. Sie fordern deswegen die actio negotiorum gestorum zum

(66) So lesen mehrere Handschriften und alte Drucke (vgl. Keller a. a. O. S. 336. N. 3. 4.) statt replicatio, so wie auch unten die Lesart schwankend ist. Keller S. 337. N. 6.

(67) Basil. Tom. V. p. 169 sq. Schol. *x*.

(68) Opp. postum. T. 1. p. 148 sq.

(69) Litiscontestation S. 335 ff.

(70) Zwar ist Keller S. 345. Note 44. geneigt, ein legitimum judicium vorauszusetzen, allein er übersieht, daß der Prozeß in einer **Provinz** vorkam, indem von einem **Proconsul** die Rede ist. vgl. Gaj. IV. 104.

zweiten Male und unstreitig kann ihnen dieselbe, selbst ohne daß sie Restitution suchen, nicht denegirt werden, da sie wenigstens nicht direct consumirt ist, indem ja eben das frühere Judicium kein legitimum war. Der Beklagte behauptet jedoch eine indirecte Consumtion durch exceptio rei *inter se et curatorem* judicatae (71), wogegen wiederum die Kläger die Thatsache des Prozesses zwar zugeben, aber die Legitimation des Curators bestreiten und deshalb um eine replicatio in factum concepta nachsuchen, worin der Judex instruirt wird, falls der frühere Curator nicht cavirt haben sollte, von der exceptio rei judicatae keine Notiz zu nehmen. Jetzt kann sich der Beklagte nur noch dadurch retten, daß er den Klägern einen dolus vorwirft, indem er ihnen nachweist, daß sie die in dem ersten Prozeß erstrittene Summe noch vorräthig haben. Denn alsdann müssen die Kläger, wenn sie gleich den Buchstaben des Rechts für sich haben, doch deshalb abgewiesen werden, weil sie sich mit dem Schaden des Beklagten unredlicher Weise bereichern wollen. Auf die Richtigkeit dieser Behauptung wird also der künftige Judex vorzugsweise zu sehen haben (an triplicatio profutura sit, judex aestimabit). Diese Behauptung nun in eine Duplik (hier triplicatio genannt) gefaßt, giebt dann eine doli dupli-

(71) Diese exceptio wurde demnach aus der Prozeßführung des Curator furiosi früher gegeben, als aus der des tutor, ohne Zweifel weil der curator schon nach den 12 Tafeln zur Vertretung autorisirt war. Keller's Ausweg: die exceptio rei judicatae werde hier nur unter der bestimmten Voraussetzung der Bereicherung des furiosus gegeben, ist unzulässig, da Julian diesen Umstand nicht als Bedingung der exceptio, sondern der duplicatio doli betrachtet.

catio ab, welche im Interesse des Beklagten in die Klagformel schließlich aufgenommen wird (72).

B. Außer diesem indirecten giebt es aber auch directe Mittel, die Caution zu erzwingen, nämlich Zwang von Seiten des Prätor sowohl als des Judex. Der Prätor nämlich ist durch kaiserliche Constitutionen autorisirt worden, gegen den Vormund, welcher die Cautiosleistung versäumt, pignorum capio anzuwenden (73). Auch steht den Municipalmagistraten steht dasselbe Zwangsmittel zu Gebote (74). Aber auch noch der Judex kann die Cautionsleistung verfügen. Wenn nämlich der Vormund, bevor er cavirt hat, einen Schuldner des Pflegbefohlenen belangt, so kann dieser die Einrede fehlender Caution opponiren. Denn es würde äußerst hart sein, wenn der Judex ihn unter Umständen dem Vormunde condemniren wollte, unter welchen dieser die angestellte Klage nicht consumirt, folglich der Beklagte einem wiederholten Angriff von Seiten des Pfleglings ausgesetzt

(72) Die Formel muß demnach mit ihrem ganzen Zusammenhange ungefähr also gelautet haben: Quod Nus. Nus. negotia Gaji Seji gessit, quum is suae mentis non esset, q. d. r. a., quidquid ob eam rem Num. Num. Ao. Ao. dare facere oportet ex fide bona ejus, si ea res judicata non sit inter Num. Num. et Lucium Titium curatorem Gaji Seji, aut si is qui egit, rem salvam fore Ao. Ao. satisdederit, neque in ea re dolo malo actoris factum sit vel fiat, id judex Num. Num. Ao. Ae. condemnato, si non paret absolvito.

(73) §. 3. J. h. t.

(74) Rescriptum Claudii Quartini ad Duumviros Pompejonenses ap. Spangenberg tabb. neg. p. 351. „Et jus magistratus vestri exequi adversus contumaces potestis." L. 131. §. 1. de V. S. L. 1. §. 1. 2. de via publ. L. 29. §. 7. ad L. Aquil. L. 3. §. 1. de reb. cor.

bleibt. Der Judex verweigert also dem Kläger so lange die Condemnation, bis er sich entschließt cautio rem salvam fore an den Pflegling zu bestellen. So erklärt es sich, wie diese Stipulation zugleich zu den communes, praetoriae und judiciales, gezählt werden kann (75).

C. Sind die Vormünder beharrlich ungehorsam, und die bisherigen Mittel vergeblich angewendet worden, so werden sie als suspect removirt und zwar wenn Armuth der Grund ihrer Weigerung zu caviren ist, ohne Infamie, wenn sie betrüglich handelten, mit Verlust der Ehre und dann andere Vormünder an ihre Stelle ernannt (76).

D. Ein eigenthümliches Recht gilt nach einer Constitution Hadrian's für den Fall, wenn ein Haussohn zum Vormund ernannt ist und der Vater, um ihn von dieser Last zu befreien, nicht für ihn caviren will. Hier soll auch noch der letztere mit zum Tutor bestellt und dann die Caution von ihm eingetrieben werden, weil man ihn, ehe er selbst Vormund ist, nicht direct zwingen kann (77).

2. Caution durch Pfänder.

§. 107.

Eine Caution durch Pfänder als Surrogat der satisdatio rem salvam fore erlaubt das Römische Recht dem

(75) Theophilus ad §. 4. J. de div. stip. L. 5. pr. de V. O. Basil. V. p. 112. und Dirksen Civ. Abh. II. S. 455.

(76) L. 1. 2. C. h. t. Zu letzterer Stelle vgl. in crit. Rücksicht

(77) L. 15. §. 17. de excusat.

Vormunde nicht (1), weil alle prätorischen Satisdationen nur durch Bürgschaft geleistet werden können (2). Wohl aber kommt neben der Bürgschaft und wo diese ausnahmsweise wegfällt, eine Verpfändung des Vermögens vor, welche im Justinianischen Recht aber nur dann, wenn die Mutter oder Großmutter Vormünderinn ist, ausdrücklich zu geschehen braucht (3), bei allen übrigen Vormundschaften, auch die natürliche Vormundschaft des Vaters nicht ausgeschlossen, aber schon stillschweigend erfolgt.

Nach Deutschem Recht hingegen kann da, wo neben dem gesetzlichen Pfandrecht noch eine Caution geleistet werden muß, diese letztere auch durch Pfänder oder durch Eintragung auf Grundstücke geschehen, und zwar nach Verhältniß des Theils der Einkünfte, welchen der Vormund in Händen behält (4).

3. Caution durch Eid.

§. 108.

Neben der Caution durch Bürgen oder Pfänder muß sich der Vormund auch noch durch Eid oder Handschlag an

(1) Der Bürge des Vormundes verpfändet freilich sein ganzes Vermögen. Gesta Reatina bei Spangenb. p. 138. vgl. Preuß. Landr. §. 430.

(2) L. 4. §. 1. h. t. L. 7. de Stip. Praet.

(3) Thl. I. S. 262.

(4) R. P. O. 1577. Tit. 32. §. 3. „rechtmäßige, genugsame Caution uud Versicherung." Preuß. Landr. §. 426—429.

Eides Statt zu gewissenhafter Erfüllung seiner Amtspflichten verbindlich machen.

Gesetzlich vorgeschrieben wurde dieser Eid zuerst von Justinian im Jahre 530 für den Curator eines Wahnsinnigen. Dieser soll nämlich, sowohl dann, wenn er im Testament des Vaters oder durch das Gesetz, als auch dann, wenn er von der Obrigkeit ernannt ist, also ohne Rücksicht darauf, ob er zur Cautionsleistung verpflichtet ist, oder nicht, von der bevormundenden Behörde, d. h. in Constantinopel von der Praefectura urbicaria, in den Provinzen aber vom Präses mit Zuziehung des Stadtbischofs und dreier Primaten (Thl. I. S. 367.) gleich bei der Bestellung in Eid und Pflicht genommen werden. Der Eid wird körperlich und zwar auf die Evangelien geleistet und über die Verhandlung ein Protocoll aufgenommen. Die Formel lautet dahin, daß der Curator gehörig administriren, des Pflegbefohlenen Bestes wahrnehmen und seinen Schaden verhüten wolle (1).

In einem spätern Gesetze vom Jahr 538 kömmt indeß dieser Eid auch bei Vormündern unmündiger und minorenner Personen, selbst in dem Fall vor, wenn die Einkünfte des Vermögens nur eben zu ihrem Lebensunterhalt hinreichen (2).

In der Praxis des Justinianischen Rechts findet sich

(1) L. 7. §. 4—7. C. de cur. fur., nochmals wiederholt in L. 27. C. de episc. aud. Dat. Cal. Sept. Constantinop. Lamp. et Oreste Coss. (530). Sie ist eine Decision, wodurch das ältere Recht vereinfacht werden sollte.

(2) Nov. 72. pr. c. 8. Nov. 155. praef. Thl. I. S. 263.

gleichwohl noch später (557) ein einfaches Gelöbniß des Vormundes ohne eidliche Bekräftigung (3).

In Deutschland sollen zwar die Vormünder nach den Reichsgesetzen mit Eiden und Gelübden beladen werden (4); man begnügt sich indeß in neuern Zeiten ebenfalls mit einem Handschlag an Eides Statt (5).

C. Bestimmung des Verhältnisses mehrerer Vormünder.

1. Bestimmung eines administrirenden Vormundes.

§. 109.

Litteratur.

Lipenius p. 429. 432. Schott p. 483. Madihn p. 1341. s. v. tutela honoraria und tutor honorarius.

Wenn mehreren Vormündern die Tutel oder Cura deferirt ist, so steht das eigentliche jus tutelae et curationis jedem Einzelnen ungetheilt zu (1), und er ist selbst in der Ausübung desselben nicht an die Einwilligung seiner Collegen gebunden (2), wenn nicht etwa die Vormundschaft eine gesetzliche

(3) Gesta Reat. a. 557. p. 137. vgl. L. 28. §. 4. C. de adm.

(4) R. P. O. v. 1577. Tit. 31. §. 3.

(5) Preuß. Landr. §. 220. 221. Oesterr. Gesetzb. §. 205. Bair. Landr. V, 4. Codex Bav. Max. I. 7. §. 10. (bei siegelmäßigen Personen). Würtemb. L. O. Tit. 34.

(1) L. 36. de adm.

(2) L. 14. §. 5. de solut. L. 3. pr. 24. §. 1. de adm. L. 8. §. 4. de fidej. L. 2. §. 2. de cur. bon. dando. Gerade entgegengesetzte Ansichten hat das Preuß. Landr. §. 115 — 117. Ritualges. der Juden v. Mendelssohn II, 1. §. 5.

ist; und selbst diese letztere Ausnahme ist von geringer practischer Bedeutung (3), da die Nothwendigkeit gemeinschaftlicher Auctoritas mehrerer gesetzlicher Tutoren von Justinian aufgehoben und bei gesetzlichen Curatoren eines Wahnsinnigen die Zustimmung der übrigen, wenigstens zu nicht streng civilrechtlichen Geschäften, fingirt wird, sobald sie dem Handelnden nur nicht ausdrücklich widersprechen. Hierauf geht die merkwürdige:

L. 7. §. 3. de cur. fur. Julianus lib. XXI. Dig. Quaesitum est, an alteri ex curatoribus furiosi recte solvatur, vel an unus rem furiosi recte alienare possit? Respondi recte solvi. Eum quoque, qui ab altero ex curatoribus fundum furiosi *legitime mercatur* (4), usucapturum (5), *quia solutio*, *venditio*, *traditio facti magis*, *quam juris sunt*. Ideoque sufficit unius ex curatoribus persona, quia intelligitur alter consentire: denique si praesens sit, et vetet solvi, vetet venire, vel tradi, neque debitor liberabitur, neque emptor usucapiet.

Da jedoch eine solche Gemeinschaftlichkeit der Tutel wegen Mangels an Einheit in der Administration unzweckmäßig, oder mindestens unbequem erscheint, so wird durch die Tutelarjurisdiction entweder einem unter den mehrern die Ad-

(3) v. Löhr im Archiv f. civ. Pr. Bd. XI. N. 1. S. 14. Anm. 5.

(4) Da hiermit nicht die Mancipation, sondern nur das Decret gemeint sein kann, so muß die Stelle interpolirt sein. Pothier Pand. Iust. Tom. II. N. XIV. Nota c. p. 168.

(5) Diese Usucapion ist dem ganzen Zusammenhange nach die des bonitarischen Eigenthümers.

ministration ausschließlich übertragen, oder wenn dieses unthunlich ist, die Tutel getheilt (6).

Die Auswahl eines gerirenden Vormundes erfolgt im Allgemeinen auf zweierlei Weise:

I. Durch Erbieten eines Mitvormundes zur Satisdation (provocatio, satis offerre (7)). Diese Bestimmungsart beruht auf einer ganz allgemeinen Regel (8), deren Anwendung auf die Vormundschaft durch eine besondere Clausel des Edicts anerkannt worden ist (9).

Ursprünglich galt diese Clausel nur den testamentarischen Vormündern (10), worunter jedoch auch solche zu verstehen sind, die in confirmirten Codicillen gegeben sind, wiewohl freilich andererseits nur solche, die gültig bestellt sind (11). Indeß wurde sie späterhin auf ex inquisitione dati und confirmati tutores angewendet und diese Anwendung durch eine Oratio Divorum Fratrum bestätigt (12). Endlich ist sie sogar auf gesetzliche Tutoren durch Interpretation ausgedehnt worden, wenigstens in den Fällen, in welchen dieselben keine Satisdation geleistet haben oder in welchen die Satisdation

(6) L. 3. §. 6. de adm. Eben so Oesterr. Gesetzb. §. 210. a. E. Sehr genaue Bestimmungen hat der Code civ. a. 420.

(7) L. 5. §. 3. 4. de leg. tut.

(8) L. 5. de H. P. L. 5. de Carb. ed.

(9) Ulp. lib. 35. ad ed. L. 19. §. 1. de testam. tut. (edictum de satisdatione) u. L. 5. §. 3. de leg. tut. L. 4. C. de tut. qui satis n. d. Ueber die Restitutionsversuche s. de Weyhe libri tres Edicti p. 227.

(10) Ulp. lib. 35. ad ed. L. 19. §. 1. de test. tut.

(11) Ulp. lib. 35. ad ed. L. 3. de test. tut.

(12) Ulp. eod. L. 19. §. 1. eod. L. 4. C. de tut. qui satis non dedit. §. 1. J. de satisd. tut.

irgendwie erloschen ist (13). Nur bei Patronen wird die Provocation nicht leicht verstattet, weil die patronatische Tutel noch am Meisten als ein Sicherungsmittel des künftigen Erbrechts betrachtet wird, welches dem Patron nicht dadurch entrissen werden darf, daß dem Compatron die Tutel allein decernirt wird (14).

Der Grundsatz selbst, welchen dieses Edict aufstellt, ist folgender. Es kann zwar Keiner unter den mehreren Vormündern von dem andern Caution fordern, weil die prätorische Stipulation rem pupilli salvam fore gegen testamentarische Vormünder gar nicht gegeben wird (15). Noch weniger hat ein Nichttutor ein solches Provocationsrecht, zumal da ihm, selbst wenn er seinerseits caviren wollte, die Tutel nicht decernirt werden könnte (16). Hingegen hat Jeder unter den Mehreren das Recht, sich von freien Stücken zur Satisdation zu erbieten und das Edict enthält nicht den Befehl, sondern blos die Erinnerung von diesem Rechte Gebrauch zu machen, ist also ein edictum monitorium (17). Die Satisdation selbst wird den Contutoren (18) geleistet, so daß diese, auch wenn sie nicht selbst administriren wollen, doch durch actio ex stipulatu: rem pupilli salvam fore gegen die aus der schlechten Administration der Collegen für sie

(13) Ulp. eod. L. 5. §. 3. de leg. tut.

(14) L. 5. §. 4. de leg. tut.

(15) Ulp. eod. L. 17. pr. L. 19. pr. de test. tut. L. 7. Rem pup.

(16) Ulp. l. c. L. 19. pr. de test. tut.

(17) L. 18. de test. tut. Callistratus lib. III. ed. monitorii cf. L. 29. de neg. gest.

(18) S. jedoch Ulp. lib. 35. ad ed. L. 3. Rem pup.

resultirende Gefahr gedeckt sind. Die Wirksamkeit dieser Klage kann nämlich, ungeachtet die Stipulation zum Vortheil des Pupillen geschlossen ist, schon um deswillen nicht bezweifelt werden, weil der Tutor wegen der actio tutelae ein eigenes rechtliches Interesse an derselben hat (19). Der regelmäßige Erfolg der Leistung ist, daß die Administration den Nichtcavirenden denegirt und dem Cavirenden allein decernirt wird, so daß nur wenn Alle caviren, Alle gerentes bleiben (20). Jedoch hat sich der Prätor hierbei noch eine causae cognitio vorbehalten. Einerseits wird dem Offerirenden, wenn er ehrlos und verdächtig ist, ungeachtet seiner Anerbietung die Administration dennoch nicht übertragen. Andererseits wird rechtlichen und angesehenen Vormündern die Caution, da sie ein Mißtrauen in ihre Administration voraussetzt, folglich ihrer Ehre zu nahe treten würde, gar nicht einmal zugemuthet (21). Aus demselben Grunde wird denn unter den Mehrern, welche sich zur Satisdation erbieten, derjenige ausgewählt, welcher im Vergleich mit den übrigen Vormündern und dessen Bürge im Vergleich mit den übrigen Bürgen als der Tüchtigste erscheint (22).

II. Kommt nun auf diese Weise keine Wahl eines gerens zu Stande, so soll demjenigen untern den mehrern Vormündern die Administration überlassen werden, welchem vom Parens, oder dem größern Theil der Contutoren, oder von

(19) L. 38. §. 20. de V. O. L. 55. §. 4. de adm.

(20) L. 17. pr. de test. tut.

(21) L. 17. §. 1. 2. de testam. tut.

(22) L. 18. de testam. tut.

dem, welchem hierüber Jurisdiction zusteht, die Tutel oder Curatio decernirt ist (23).

A. Zunächst also soll derjenige geriren, welchem der Vater im Testament die Verwaltung zuerkannt hat (24). Der Prätor nimmt nämlich an, der Vater werde das Heil seines Kindes am besten gewußt und bedacht haben. Deshalb folgt zwar der Prätor der Wahl des Vaters nicht nur bei gültig bestellten, sondern auch bei unvollkommenen testamentarischen Vormündern (25), setzt sich hingegen über sie hinaus, sobald er sieht, daß sie unüberlegt oder unzweckmäßig ist (26) und hätte er sich auch täuschen lassen, so würden wenigstens die Mitvormünder auf Annullirung derselben antragen müssen (27).

B. Hat der Testator Keinem der testamentarischen Vormünder die Verwaltung gegeben, oder verweigert der designirte Tutor deren Uebernahme, so gerirt derjenige, welchem die Majorität der Vormünder die Tutel oder Curatio decernirt hat (28). Auch bei mehrern gleich nahen gesetzlichen Vormündern hat man aus Rücksicht auf das Beste des Pupillen schon im ältern Recht denselben Grundsatz angenommen (29), und Justinian hat ihn auch bei mehrern Cognaten desselben Ver-

(23) Ueber diese Clausel des Edicts, welche von der vorigen verschieden war (L. 19. §. 1. de test. tut. L. 5. §. 2. 3. de leg. tut.) vgl. Ulp. lib. 6. ad ed. L. 1. §. 11. — L. 3. pr. de postul. Ulp. lib. 77. L. 3. §. 5. Jud. solvi. L. 3. pr. §. 1. 7. de adm.

(24) L. 3. §. 1. de adm. Thl. I. S. 286.

(25) L. 3. §. 1. 5. eod.

(26) L. 3. §. 3. eod.

(27) L. 55. §. 4. eod.

(28) L. 3. §. 7. eod.

(29) L. 5. §. 2. de leg. tut. L. 3. pr. de adm.

wandtschaftsgrades bestätigt (30). Um so unbedenklicher ist seine Anwendung auf obrigkeitliche ex inquisitione bestellte Tutoren (31). Das Verfahren besteht übrigens ganz einfach darin, daß der Prätor die Vormünder vorladen und über die Wahl abstimmen läßt (32).

C. Kommen die Vormünder entweder nicht zusammen, oder können sie sich zu keinem gemeinschaftlichen Beschlusse vereinigen, so ist nunmehr die Wahl dem Magistrat (ei, cujus de ea re jurisdictio fuit) devolvirt, welcher sie nach vorgängiger causae cognitio zu treffen hat (33). In späterer Zeit (seit 389) war diese Untersuchung, wenigstens in Rom selbst und bei illustres und clarissimi pupilli und adulti, Sache des Consiliums des Stadtpräfecten, dessen Beschluß der Präfect bestätigt, worauf, wie Justinian hinzusetzt, das Decret vom Prätor vollzogen wird (34). Erklären sich indeß die Vormünder mit der Wahl desselben unzufrieden, weil sie dem Ausgewählten nicht trauen und nicht Lust haben, für seine schlechte Administration einzustehen, so behält es bei der ursprünglichen Gemeinsamkeit der Administration sein Bewenden (35).

Ist nun auf einem dieser Wege eine Wahl zu Stande gekommen, so entsteht ein Gegensatz zwischen administrirenden und nicht administrirenden Vormündern (tutores gerentes,

(30) Nov. 118. c. 5.

(31) §. 1. J. de satisd. in fin.

(32) L. 3. §. 7. de adm. Nov. 118. c. 5.

(33) L. 3. §. 7. de adm.

(34) L. 3. pr. C. Th. de tut. creand. L. 1. C. de tut. illustr.

(35) L. 3. §. 8. de adm.

honorarii (36) und notitiae causa dati, Haupt- und Ehren- oder Gegen-Vormünder).

Die gerentes haben vollständige Auctoritas und Administration (37). Sind ihrer Mehrere, so ist im Zweifel anzunehmen, daß wenigstens das jus agendi Jedem Einzelnen ganz gegeben ist, weil nicht wohl Mehrere zugleich als Kläger auftreten können (38).

Die honorarii hingegen üben sowohl die Auctoritas, als auch die Administration ordentlicher Weise nicht aus. Vielmehr sind sie bestimmt, die Aufsicht über die Verwaltung des gerens zu führen, sich häufig von ihm Rechnung vorlegen zu lassen (39) und ihn auf jede Weise zu beobachten, auch für Deposition der Gelder zu sorgen, die er unter Händen hat, und wenn Erinnerungen fruchtlos sind, auf seine Absetzung anzutragen. Versäumen sie diese Pflichten, so haften sie nach vorgängiger Excussion des Gerens und seiner Erben, Bürgen und der Magistratus, welche ihn anstellten, dem Pflegling tutelae und negotiorum gestorum für den ganzen erlittenen Schaden (40). Doch ist ihnen die Auctoritas und Administration auch nicht gerade interdicirt, vielmehr sind sie in dieser Beziehung von Nichttutoren oder removirten

(36) L. 3. §. 2. eod.

(37) L. 3. pr. eod.

(38) L. 24. §. 1. de adm. Doch kann das Gegentheil im Testament bestimmt werden. L. 47. pr. eod.

(39) Wenn indeß der Vater im Testament einem Vormunde aufträgt, seinen Mitvormündern die Rechnungen abzunehmen, so ist dieser deshalb noch nicht für einen honorarius zu halten. L. 26. §. 1. de testam. tut.

(40) L. 3. §. 2. h. t. L. 60. §. 2. de R. N.

Vormündern noch beträchtlich verschieden; nur dürfen sie sich keine eigentliche Eingriffe in die Rechte des gerens erlauben(41).

Nicht so allgemein wie das Verhältniß der honorarii tutores läßt sich das der propter rerum notitiam dati bestimmen. Bisweilen sind sie wirkliche administrantes und unterscheiden sich nur durch die besondere Pflicht, den Andern über die Lage des Vermögens genauere Auskunft zu geben(42). Oft hingegen wird ihnen die Administration wenigstens nicht allein anvertraut, besonders wenn sie Freigelassene sind, deren Vermögen keine hinlängliche Bürgschaft für die Verwaltung darbietet(43). Indeß ist ihnen selbst dann die Administration nicht gerade interdicirt, sondern wenigstens in demselben Umfang wie den honorariis gestattet(44). Eben so verschieden ist dann auch ihre Verantwortlichkeit; denn in jenem Fall haften sie sowohl für ihre Administration, als für ihre Instruction (et administrationis et accessionis jure), im letztern blos für diese (45).

2. Theilung der Verwaltung.

§. 110.

Quelle:

C. V. 52. De dividenda tutela (et pro qua parte quisque tutorum conveniatur).

Eine zweite Vereinfachung der Verwaltung enthält die

(41) L. 14. §. 1. 2. de solut.

(42) L. 32. §. 1. de test. tut.

(43) L. 1. C. de peric. tut.

(44) L. 14. §. 6. de solut.

(45) L. 32. §. 1. de test. tut. L. 1. C. de peric. tut.

Theilung derselben, (divisio tutelae) d. h. die Beschränkung jedes Vormundes auf ausschließliche Besorgung eines bestimmten Geschäftszweiges oder eines bestimmten geographischen Districts.

Eine gültige Theilung kann jedoch nur von dem ausgehen, welcher tutoris datio oder jurisdictio tutelaris hat (1). Anwendungen dieses Grundsatzes sind folgende:

I. Der Testator kann in seinem Testament eine wirksame Vertheilung einer generellen Vormundschaft anordnen. Auch die Anordnung einer tutelae certae rei, z. B. rei Africanae, wird ohne Weiteres als divisio tutelae betrachtet (2).

II. Die obervormundschaftliche Behörde kann sowohl auf Bitte der Tutoren, als von Amtswegen die Administration vertheilen (3). Oft kann auch schon in der Ernennung selbst eine solche Beschränkung enthalten sein, z. B. bei einem curator ad augmentum datus (4), oder bei einer Ernennung in die Stelle eines partiell excusirten generellen Tutors (5).

III. Die Vormünder selbst können dagegen durch eine bloße Privatübereinkunft wegen Theilung ihrer Administration nur ihre Arbeit, nicht aber ihre Rechtsverhältnisse, in divisionem deduciren (6), sie bleiben also juristisch in einem individuum officium.

Die

(1) L. 36. de adm.

(2) L. 3. §. 4. de adm. Thl. I. S. 291. 292.

(3) L. 3. §. 9. L. 4. de adm.

(4) L. 9. §. 8. 9. de adm.

(5) L. 39. §. 8. eod.

(6) L. 46. §. 1. de adm. Preuß. Landr. §. 118. Oesterr. G. B. §. 210.

Die **Wirkung** einer gültigen Theilung der Administration besteht darin, daß an die Stelle der frühern allgemeinen aber nicht ausschließlichen Verwaltung eine beschränkte aber ausschließliche tritt. Jeder Vormund übernimmt also die Verwaltung und Verantwortlichkeit in Rücksicht der zu seinem Ressort oder seiner Region gehörenden Rechtsverhältnisse des Pfleglings allein (7). Dafür aber wird ihm die Verwaltung und Verantwortlichkeit für die fremden Regionen denegirt und abgenommen (8). Allein diese ganze Auseinandersetzung betrifft blos die Verwaltung, nicht das Recht der Vormundschaft selbst (9). Das Verhältniß mehrerer Vormünder bei getheilter Vormundschaft ist mithin von dem Verhältniß zweier von einander unabhängiger Specialvormünder noch sehr zu unterscheiden (10). Der Unterschied besteht aber besonders darin, daß die partiellen Vormünder einander gegenseitig controlliren und subsidiarisch für einander haften müssen, welches bei Specialvormündern durchaus nicht der Fall ist. Sie stehen mithin zu einander in dem Verhältniß von Ehrenvormündern (11).

(7) Nähere Bestimmungen über den Umfang des Ressorts s. in L. 39. §. 3. 7. 8. L. 47. §. 2. de adm. L. 100. de solut.

(8) L. 4. 51. de adm. v. Löhr im Mag. III, 1. S. 30.; im Archiv für civ. Prax. I, 1. N. 1. S. 15 ff. Preuß. Landr. §. 119.

(9) L. 36. de adm. nam divisio tutelae — non juris, sed jurisdictionis est.

(10) L. 3. C. de in lit. dando tut. Preuß. Landr. §. 124.

(11) L. 51. de adm. in fin. Preuß. Landr. §. 121. 123.

D. Ermittelung und Sicherstellung des Vermögens.

1. Versiegelung.

§. 111.

Neben der Anstellung des Vormundes müssen aber auch für die Ermittelung und Sicherstellung des Vermögens des Pflegbefohlenen die erforderlichen Schritte geschehen. Der erste derselben ist die Sieglung, d. h. die gerichtliche Sperre des Mobiliarvermögens, welche dem Römischen Recht noch unbekannt (1), ihre Ausbildung hauptsächlich durch die neuere Praxis und Gesetzgebung erhalten hat (2). Die nähern Grundsätze sind diese:

I. Die Versiegelung geschieht der Regel nach von der competenten obervormundschaftlichen Behörde, (§. 50.) bei Concursen vom Concursgericht; in Nothfällen und als vorläufige Maaßregel aber von jedem Gericht am Orte des Nachlasses und selbst von requirirten Notarien, welche dann aber jener Behörde davon Anzeige machen müssen.

II. Gegenstand derselben ist der entbehrliche und dem Verderben nicht ausgesetzte Mobiliarnachlaß; Handlungen und Fabriken werden niemals versiegelt.

III. Die Siegelung kann meistens unterbleiben, wenn der Erblasser sie verbietet oder wenn dessen überlebender Ehegatte im Sterbehause anwesend ist und sie verbittet.

(1) vgl. jedoch §. 113.

(2) Preuß. Landr. §. 354—375. Oesterr. Ges. B. §. 222. 223. Würtemb. Landr. IV, 3. S. 433. Chur-Trierische Verordn. v. 1741. u. 1782. Chur-Cöllnische v. 1774. 1789. (v. Kampt Provinzialrechte II. §. 790. 812.)

2. Inventur.

§. 112.

Eine zweite Sicherungsmaaßregel ist die Aufnahme eines Inventars (inventarium, repertorium, synopsis bonorum pupillarium, ἀναγραφὴ (1)), d. h. einer genauen und förmlichen Designation sämmtlicher bei Antritt der Vormundschaft vorgefundenen Vermögensstücke. Es gelten darüber folgende Regeln:

I. Die Nothwendigkeit der Inventur tritt bei jeder administrativen Vormundschaft und Curatel, selbst die mütterliche nicht ausgenommen, ein (2).

II. Eine bestimmte Form der Errichtung ist zuerst in einer Constitution von Arcadius und Honorius vom Jahr 396 vorgeschrieben worden. Gleich nach seiner Bestellung soll nämlich der Vormund vom Cognitor, d. h. vom rector provinciae eine Verfügung extrahiren, des Inhalts, daß unter Zuziehung des Defensors, der Primaten der Stadt und öffentlicher Schreiber oder Tabularien (officia publica) eine feierliche Inventur, verbunden mit einer Siegelung und gerichtlichen Deposition des Mobiliarnachlasses vorgenommen werde (3). Diese Form hat jedoch im frühern Mittelalter noch mancherlei Modificationen erlitten. Die Westgothische Interpretatio (4) nennt nämlich nur die Primates

(1) L. 7. pr. 57. pr. de adm. L. 4. 5. C. de in lit. jur. L. 5. §. 11. de reb. eor. L. 15. pr. de reb. auct. jud. R. P. O. v. 1577. Tit. XXXII. §. 3.

(2) L. 1. §. 26. de ventre. Nov. 94.

(3) L. 4. (bei Wenck L. 6.) pr. C. Theod. de adm. et peric. tutorum.

(4) Interpr. L. 4. C. Th. de adm. Mox ad tutelam quis ac-

civitatis oder den Defensor cum officio suo als zuzuziehende Personen, während im Römischen Reich der Defensor noch gar kein Officium hatte. Die Lex Wisigothorum (5) verlangt die Gegenwart von Verwandten oder Zeugen bei der Errichtung, Unterschrift des Inventars (brevis) von 3 bis 5 Zeugen und Ueberreichung desselben an den Bischof oder Presbyter, welchen die Aeltern dazu auserſehen haben (6). Der Lombardische Codex Utinensis will boni homines, d. h. Römische Stadtschöffen oder Decurionen adhibirt wissen (7). Im Justinianischen Codex ist die Constitution von Arcadius und Honorius dahin interpolirt, daß die Inventur nicht gleich bei der Bestellung und auch nur unter Zuziehung von publicae personae zu geschehen braucht, wogegen aber auch die Papiere des Pfleglings in das Inventar mit eingetragen werden müssen (8). In spätern Constitutionen (9) und den Novellen des Constantinus Porphyrogenneta wird außerdem noch eines Clarissimus Scriba gedacht (10). Harmenopul bezieht sogar die dreimonatliche Frist der Erbschaftsinventur auf unser Verzeichniß, ein Irrthum, welcher vielleicht durch eine Novelle Leo's

cesserit, adhibitis continuo Primatibus civitatis vel Defensore cum officio suo, suscepta pupilli bona facto rerum conscribat inventario.

(5) L. Wisig. IV. 3, 3. v. Savigny Gesch. d. R. R. Bd. 1. S. 385—394.

(6) Vgl. Fuero juzgo IV, 3. 3. Fuero real. Madrid 1547. f. 150.

(7) L. Romana ap. Canciani Vol. IV. p. 480. C. Theod. III. 19.4.

(8) L. 13. C. arb. tut. (Idib. Aug. 530.) L. 27. C. de ep. aud. L. 7. §. 6. C. de cur. fur. (Cal. Sept. 530.)

(9) Nov. 94. epilog. cf. Cujac. Obss. XVI. 14.

(10) Nov. Constant. Porph. περὶ συνηθείων τοῦ σκρίβα.

veranlaßt und noch in die neuere Doctrin und Legislation übergegangen ist (11). — Die deutschen Reichsgesetze bestimmen die Form der Errichtung eines Inventars nicht näher (12). — Nach den neuern Gesetzgebungen aber gebühren die Anordnungen wegen der Aufnahme des Inventars der Regel nach dem obervormundschaftlichen Gericht, welches jedoch von dem Richter des Orts über die unter seiner Jurisdiction belegenen Stücke Specialinventarien einfordern und den Vormund und die Miterben des Pfleglings bei der Inventur zuziehen muß (13). Indeß kann bisweilen die öffentliche und gerichtliche Inventur des Nachlasses durch eine beschworene Privatspecification desselben ersetzt werden. Dahin gehören folgende Fälle:

1) Wenn der Erblasser, von dem das Vermögen des Pfleglings herrührt, die öffentliche Inventur nicht etwa erlassen, sondern um das Bekanntwerden des Schuldenzustandes zu verhüten, ausdrücklich verboten hat. Uebrigens kann nicht blos der Vater, sondern jeder Erblasser die Inventur gültig verbieten. Auch bedarf das Verbot keiner Feierlichkeit. Es befreit zwar den Vormund nicht von der Verbindlichkeit, ein Privatverzeichniß zu errichten, indeß kann der Erblasser

(11) Harmenopuli Πρόχειρον V. 11. §. 25. Duarenus Comm. ad Tit. de adm. tut. c. III. Opp. p. 301. Würtemb. Landr. IV. 3. S. 434. 436.

(12) R. P. O. v. 1548. 31, 3. v. 1577. 32, 3.

(13) Preuß. Landr. §. 376—382. Oesterr. Gesetzb. §. 222 — 227. Sächs. V. O. C. 11. vgl. Mendelssohn's Ritualges. der Juden. II. 1. §. 6.

auch bei diesem die eidliche Bestärkung und die öffentliche Bekanntmachung wirksam untersagen (14).

2) Wenn der überlebende Ehegatte oder ein naher Verwandter im Besitze des Nachlasses bleibt und eine Privatspecification aufzunehmen und nöthigenfalls eidlich zu bestärken erbötig ist (15).

3) Wenn zu dem Nachlaß eine noch fortzusetzende Waarenhandlung gehört und der Vormund oder Disponent auch über diese ein Privatverzeichniß errichtet (16).

III. Ueber die Einrichtung des Inventars enthalten die Quellen des gemeinen Rechts nur die Bestimmung: daß es sich „auf alle Güter, liegende und fahrende, Schuldenbriefe und Register," also auf das ganze Vermögen erstrecken müsse (17). Nähere Anweisungen geben die Vormundschaftsordnungen (18) und die practischen Schriftsteller (19). Das aufgenommene Inventar muß gewöhnlich in mehreren Exemplaren ausgefer-

(14) L. 13. §. 1. C. arb. tut. Nisi *testatores, qui substantiam transmittunt*, specialiter inventarium conscribi vetuerint. Basilic. XXXVIII, 3. c. 38. Schol. e. Tom. V. p. 89. Marezoll in v. Grolman's u. v. Löhr's Mag. IV, 2. N. XIX. §. 12. S. 394—396. — Preuß. Landr. §. 395—408. — Einige neuere Gesetze achten aber das Verbot nicht: Oesterr. G. B. §. 223. Würtemb. L. R. IV. 3. S. 434. 436.

(15) Preuß. Landr. §. 383—385. 389—395. v. Strombeck Ergänzungen. §. 3888—3891. Würtemb. Landr. IV, 3. S. 435. Sächs. V. O. XI, 1.

(16) Preuß. Landr. §. 385—388.

(17) L. 6. pr. C. Th. L. 24. C. de adm. R. P. O. 1577. Tit. 32. §. 3.

(18) z. B. Sächs. V. O. XI, §. 3—5. und das Schema im Anhang.

(19) Claproth Unterricht für Vormünder. Göttingen 1772. S. 10 — 21.

tigt werden, von denen eins bei den Gerichtsacten, ein anderes aber im Besitz des Vormundes bleibt (20).

IV. Die Weigerung oder Säumniß des Vormundes in der Errichtung des Inventars hat für denselben folgende Nachtheile:

1) Vor errichtetem Inventar bekommt der Vormund die Verwaltung des Vermögens gar nicht in die Hände. Nur ganz dringende Acte kann er ausnahmsweise schon vorher vornehmen (21). Neuere Gesetze ordnen indeß im Fall allzu langer Zögerung einen besondern Curator an (22).

2) Sodann wird der Pflegling im künftigen judicium tutelae oder negotiorum gestorum gegen den Vormund, der kein Inventar errichtete, zum Schätzungseide gelassen.

3) Endlich trifft den Vormund auch die Strafe der Absetzung und in Folge derselben die der Infamie und eine Constitution vom Jahr 372 fügt noch die Strafe der Intestabilität hinzu (23). Theodos hob zwar beide letztere Strafen für die Mutter wieder auf (24), Justinian hat aber, ohne die Theodosische Novelle zu erwähnen, sowohl die Infamie als die poenae legitimae bestätigt (25).

3. Gerichtliche Deposition.

§. 113.

Nach älterm Römischen Recht behielt der Vormund das

(20) Oesterr. G. B. §. 224.

(21) L. 7. pr. de adm. L. 13. §. 1. C. arb. tut.

(22) Preuß. Landr. §. 376. 377.

(23) L. 2. C. Th. Qui petant.

(24) Nov. Theod. I. 5. pr. ed. Berol. Nov. 171.

(25) L. 13. §. 1. C. arb. tut.

ganze Vermögen des Pflegbefohlenen in Händen. Arcadius und Honorius verordnen jedoch, daß sogleich nach der Inventur das vorgefundene Gold und Silber und Alles, was mit der Zeit nicht verdirbt oder seinen Werth verliert, von der inventirenden Behörde versiegelt, gerichtlich deponirt, und erst nach erreichter Großjährigkeit dem Pflegbefohlenen wieder ausgeantwortet werden soll (1).

Nach heutigen Grundsätzen werden sämmtliche Schuldinstrumente des Pflegbefohlenen in gerichtliche Verwahrung genommen und von dem Vermögen desselben dem Vormunde nur soviel gelassen, als zur Bestreitung der Erziehungs-, Unterhaltungs- und laufenden Administrationskosten erforderlich ist (2).

E. Zwang zur Uebernahme der Verwaltung.

§. 114.

Sind die gehörigen Einleitungen der Administration getroffen, so ist der Vormund dieselbe unverzüglich zu übernehmen schuldig. Ist er darin säumig, so kann er durch Zwangsmittel zum Geriren unmittelbar genöthigt werden. Die Anwendung derselben erfolgt nach Römischem Recht vom Magistrat extra ordinem, d. h. ohne Zuziehung eines Judex (1). Sie bestehen zunächst in Ermahnungen und Verweisen (2),

(1) L. 6. pr. C. Th. de adm. L. 24. C. eod. Nov. 72. c. 6.

(2) Preuß. Landr. §. 421—423. Anh. §. 157.

(1) L. 1. pr. de adm.

(2) L. 2. de feriis.

und wenn diese fruchtlos sind, in Ordnungsstrafen (mulctae dictio und pignorum capio), wie sie auch bei andern muneribus publicis vorkommen (3). Im äußersten Fall kann der Vormund abgesetzt werden (4). Wegen Dringlichkeit der Sache kann der Vormund, nach einer Oratio Marc Aurel's gegen eine obrigkeitliche Vorladung dieser Art sich nicht auf die Wohlthat der Ferien berufen (5). Die Wichtigkeit dieses unmittelbaren Zwanges ist übrigens auch noch im Justinianischen Recht sehr groß, weil wenigstens die actio ex stipulatu nur dann gegeben wird, wenn der Vormund wirklich gerirt hat (6).

II. Sorge für die Person des Pflegbefohlenen.

A. Erziehung und Unterhalt der Pupillen und Minorennen.

1. Erziehung.

§. 115.

Quellen:

D. XXVII. 2. Ubi pupillus educari vel morari debeat (et de alimentis ei praestandis).
C. V. 49. Ubi pupillus educari debeat.

(3) L. 9. de mun. Anwendungen bei einzelnen Acten enthalten L. 5. pr. 7. §. 3. de adm. L. 6. ubi pup.

(4) L. 7. §. 3. L. 2. C. de susp.

(5) L. 2. de feriis.

(6) L. 4. §. 3. 7. Rem pup.

L i t t e r a t u r.

Burchardi Gemeinrechtliches Erziehungsrecht (im Archiv für civ. Praxis VII, 161—190.)

Unter den einzelnen Functionen bei der Verwaltung einer Vormundschaft verdient zunächst die Sorge für die persönlichen Bedürfnisse des Pfleglings, namentlich die Bestimmung des Aufenthalts, der Erziehung, (tutela, custodia) Verheirathung und Pflege (corpus et salus) des Schützlings eine nähere Betrachtung.

Die Bestimmung des Aufenthalts und des Erziehers des Pupillen steht schon nach Römischem Recht allein der Obervormundschaft, nicht aber dem Vormunde, sei dieser Tutor oder Curator, zu (1). Sie erfolgt nach vorgängiger causae cognitio, mithin in jure oder pro tribunali und zwar so, daß der Prätor anstatt der gewöhnlichen consiliarii oder assessores, den Familienrath, in welchem jedoch auch der Vormund eine berathende Stimme hat (2), als Consilium zuzieht und nach angehörtem Gutachten desselben durch ein Decret, ohne Zuziehung eines Judex, den Erzieher bestimmt.

Im heutigen Recht ist indeß der Einfluß des Vormundes auf die Erziehung bedeutender geworden. Wird ihm auch die Person des Waisen nicht immer unmittelbar anvertraut, so hat er doch das Recht und die Pflicht, die Erzieher zu beaufsichtigen und über ihr Verfahren der Obrigkeit von Zeit zu Zeit zu berichten (3).

(1) L. 1. pr. h. t. §. 1. Thl. I. S. 16. 19. v. Savigny vom Beruf. S. 102.

(2) L. 1. C. h. t.

(3) Preuß. Landr. §. 326—328. Oesterr. G. B. §. 216.

Allgemeiner Grundsatz des Römischen Rechts war nun vorzüglich der: die Erziehung des Pupillen niemals einer Person anzuvertrauen, welche wegen einer zu hoffenden künftigen Succession nicht frei von jedem bösen Verdachte ist. Deshalb waren z. B. Substituten, Agnaten und Gentilen des Pupillen und deshalb auch der legitimus tutor selbst in der Regel ausgeschlossen (4). Demnächst wurde darauf gesehen, daß keine Verführung des Pupillen von Seiten seines Erziehers zu besorgen war (5). Im heutigen Recht fallen diese speciellern Gesichtspuncte weg (6).

Ueber die Auswahl im Einzelnen entscheiden folgende Rücksichten:

I. Vor allen Dingen ist darauf zu sehen, ob der Vater über den Aufenthalt und die Erziehung des Pupillen eine letztwillige Verordnung hinterlassen hat (7). Findet sich eine solche, so muß die Obervormundschaft dieselbe nicht als eine unbedingte Auctorität befolgen, sondern erst das Urtheil des Familienraths über die getroffene Wahl vernehmen und hiernach dieselbe entweder verwerfen, oder bestätigen (8). Im letztern Fall hängt nun zwar die Wirksamkeit der väterlichen Verfügung in der Regel von der Einwilligung des erwählten Erziehers ab, denn eine wahre obligatio und actio oder pe-

(4) L. 1. §. 1. 3. h. t. L. 2. C. h. t.

(5) L. 5. h. t.

(6) Kreitmayr 1, 7. §. 11. S. 435.

(7) L. 7. 21. §. 4. de annuis leg. L. 15. de alim. legatis. Cic. in Verrem. I. 58.

(8) L. 1. §. 1. h. t. (Rescript Sever's) L. 7. de ann. leg. L. 39. de poenis. Persii Sat. II, 12. 13.

titio, wie sie etwa bei der educatio legata vorkommt (9), entspringt aus einer solchen Verfügung nicht (10). Indeß tritt doch ausnahmsweise ein Zwang zur Uebernahme ein, und zwar theils ein indirecter, insofern dem Pfleger und Erzieher, wenn er etwa zur Belohnung seiner Mühe letztwillig bedacht sein sollte, die betreffenden Klagen denegirt werden, sobald er die Uebernahme der Erziehung verweigert (11), theils aber selbst ein directer, indem der Prätor den erwählten Erzieher, wenn er in einem Officium zu dem Pflegling steht, namentlich wenn er durch Clientel, Cognation oder Affinität mit demselben verbunden ist, extra ordinem durch Geldbußen u. s. w. zur Uebernahme der Erziehung nöthigt (12).

II. In Ermangelung einer wirksamen letztwilligen Verfügung wird der Erzieher aus den Angehörigen des Pfleglings gewählt. Unter diesen sind aber im ganzen Alterthum, in Sparta (13), in Sicilien (14), im alten Italien (15) und endlich auch in Rom nicht die Agnaten und Gentilen, sondern die Cognaten, Affinen und Freigelassenen zu verstehen, weil wie gesagt die Person des Pupillen jenen erstern Verwandten, da sie an dem künftigen Nachlaß desselben das nächste Intestaterbrecht haben, offenbar nicht anvertraut werden darf (16).

(9) L. 23. de alim. leg.

(10) L. 7 de ann. leg.

(11) L. 1. §. 3. h. t. (Rescripte Sever's) vgl. S. 178 ff.

(12) L. 1. §. 2. h. t. In L. 7. de ann. leg. in fin. heißt es zwar sed interventu Judicis haec omnia debent — ad effectum perduci. Aber ohne Zweifel schrieb der Jurist Praetoris.

(13) Herodot. I. 16.

(14) Diodor. XII, p. 81. cf. p. 611. (Wesseling).

(15) Liv. IV. 9.

(16) L. 2. C. h. t.

Aber auch unter den Cognaten giebt es noch eine gewisse Rangordnung, über welche sich der Prätor nur im Fall der Verdächtigkeit des Näheren hinwegsetzen darf (17).

A. Zuerst also hat die leibliche Mutter das Erziehungsrecht (18), wenn nicht besondere Umstände sie desselben berauben. Zu diesen gehörte aber erst seit Alexander Sever ganz allgemein die zweite Ehe (19); denn früher konnte der Stiefvater als nächster Affinis selbst die Erziehung leiten (20), und auch im Justinianischen Recht dürfte die Strenge des Gesetzes durch die Sitte insoweit gemildert worden sein, daß nur im Nothfall bei gegründetem Verdacht die Kinder aus dem Hause gegeben wurden. Neuere Gesetze heben es ganz auf (21).

B. In Ermangelung der Mutter wird aus den übrigen Cognaten oder den Affinen und Freigelassenen nach den obigen Rücksichten der Erzieher des Pupillen bestimmt (22), und sogar zur Uebernahme dieser Familienpflicht gezwungen (23). Unter den einzelnen Verwandten hat die Obrigkeit freie Wahl, so daß sich ein Vorzug der Ascenden-

(17) L. 2. C h. t. Preuß. Landr. §. 318 — 322.

(18) Horat. ep. I. 1. Seneca Consol. ad Marciam c. 24. Cic. in Verr. 1. 58. fin. L. 1. C. h. t. Nov. 22. c. 38.

(19) Liv. XXXIX. 9. L. 1. C. Ubi pup., citirt und bestätigt von Justinian Nov. 22. c. 38.

(20) Cic. in Verr. 1. 52.

(21) Preuß. Landr. §. 317. Oesterr. G. B. §. 218.

(22) L. 1. §. 2. Ubi pup. L. 2. C. eod. C. Th. IX. 13. C. IX. 15. de emendatione propinquorum.

(23) L. 1. §. 2. Ubi pup. L. 1. C. eod. in fin.

ten vor den Seitenverwandten gemeinrechtlich nicht behaupten läßt (24).

III. Fehlt es an tauglichen Angehörigen, so wird der Pupill fremden Personen anvertraut, welchen dann die allgemeinen Rechte eines Pflegevaters über ihn zustehen (25). Auch dem Tutor selbst, wenn er nur nicht Substitut oder nächster Intestaterbe ist, kann die Erziehung überlassen werden (26).

IV. Ist der Pflegling ganz arm, so wird er in einer öffentlichen Stiftung oder einem Waisenhause (orphanotrophium) untergebracht und erzogen, dessen Vorsteher dann zugleich die Stelle des Vormundes vertritt (27).

Nach Römischem Recht endigt die Erziehung mit der Pubertät, bei Waisenkindern mit der plena pubertas (28). Die weitere Ausbildung und die Wahl der Lebensart eines adultus war hingegen dessen eigenem Gutdünken und dem Rath seiner Verwandten überlassen. Indeß in Deutschland, wo Tutel und Cura überhaupt als ein Ganzes behandelt werden, steht auch hierüber dem obervormundschaftlichen Gericht die Bestimmung zu, bei welcher dasselbe auf den Willen des Vaters, das Gutachten der Verwandten, der Zunftgenossen und des Vormundes, so wie auf den Stand, das

(24) L. 2. C. h. t. (Dirksen Civ. Abh. II, 455.) Preuß. Landr. §. 318—322.

(25) L. 3. §. 4. de hom. lib. exh. L. 17. C. qui accus. non poss. L. 132. pr. de V. O. L. 1. §. 3. de obseq.

(26) vgl. Preuß. Landr. §. 320.

(27) L. 32. C. de episc. et cler. Nov. 123. c. 23. Nov. 130. c. 15.

(28) L. 14. de alim. leg.

Vermögen, die Fähigkeiten und die Neigungen des Pflegbefohlenen Rücksicht zu nehmen hat (29).

2. Unterhalt des Pupillen und Minorennen.

§. 116.

Quellen:

D. XXVII. 2. (Ubi pupillus educari vel morari debeat et) de alimentis ei praestandis.

C. V. 50. De alimentis pupillo praestandis.

Ueber den Unterhalt des Pupillen und Minorennen enthält das Römische Recht folgende Grundsätze:

I. Der Unterhalt umfaßt theils die eigentlichen Alimente, d. h. die Kosten des Haushalts, der Kost, Wohnung, Kleidung, Dienerschaft (1), theils die Kosten der Erziehung, des Unterrichts und der Studien des Pupillen bis zu der Zeit der vollendeten Ausbildung, als welche das Römische Recht wenigstens bei weiblichen Pflegbefohlenen das zwanzigste Jahr nennt (2).

II. Das Recht, Alimente zu decerniren, oder den etwanigen Ansatz derselben im Testament zu moderiren, steht (abgesehen von der natürlichen Vormundschaft des Vaters und Ehemannes) ordentlicher Weise dem vormundschaftlichen Gericht zu, bei welchem also der Vormund oder der Familien-

(29) Preuß. Landr. §. 329—333. Würtemb. Staat und Unterricht für Vorm. II. §. 33 ff.

(1) Letztere besteht aus Freien, Freigelassenen und Sclaven. L. 1. §. 8. de tutelae. L. 38. in fin. Fam. herc. L. 3. C. Th. L. 22. C. de adm.

(2) L. 3. §. 5. L. 4. h. t. L. 12. §. 3. de adm.

rath ihre Anträge zu machen haben (3). Die Festsetzung erfolgt nach vorgängiger causae cognitio durch ein Decret des Magistrats selbst, und kann ihrer Dringlichkeit wegen auch in den Ferien geschehen (4). Bei der Bestimmung ist zunächst auf das Vermögen des Pupillen zu sehn, dessen Bestand daher der Tutor bei Strafe der höchsten Zinszahlung vom Mehrbetrage zu Protokoll zu geben aufgefordert wird (5). Allein diese Rücksicht darf nicht allein entscheiden, denn selbst bei einem großen Vermögen muß jeder Luxus vermieden (6) und auf der andern Seite darf auch die möglichste Sparsamkeit nicht allein als Ziel der vormundschaftlichen Administration betrachtet werden (8). Es kommt daher auch noch die Rücksicht auf die persönlichen Verhältnisse und Bedürfnisse, z. B. Alter, Geschlecht, Stand und Bestimmung des Pflegbefohlenen hinzu (9). Sobald in einem dieser beiden Gesichtspuncte Aenderungen eintreten, muß auf eine Vermehrung oder Verminderung des Kostenansatzes angetragen werden (10).

III. Unterläßt der Vormund bei der Obrigkeit auf Feststellung der Alimente anzutragen, so treten folgende Wirkungen ein.

1. Reicht

(3) L. 3. pr. §. 4. h. t. L. 1. 2. C. h. t. L. 38. Fam. herc. L. 33. §. 3. de adm. Oesterr. G. B. §. 219. Nach dem Code civ. a. 454. macht der Familienrath den Anschlag.

(4) L. 2. de feriis.

(5) L. 3. §. 1. 4. h. t. L. 2. C. h. t. Preuß. Landr. §. 335.

(6) L. 3. §. 3. h. t.

(7) L. 3. §. 1. h. t.

(8) L. 12. §. 3. de adm. L. 3. pr. §. 1. de contr. tut. aet. Oesterr. Gesetzb. §. 220. Code civ. a. 454.

(9) L. 3. §. 2. 5. h. t. Preuß. Landr. §. 335. Oesterr. G. B. §. 219. Mendelssohn's Ritualges. II, 1. §. 7.

(10) L. 3. §. 6. h. t.

1) Reicht der Vormund dem Mündel überhaupt keinen Unterhalt, so macht er sich verdächtig und kann abgesetzt und unter Umständen vom Praefectus Urbi selbst peinlich bestraft werden. Dies gilt namentlich dann, wenn er unter dem Vorwande mangelnder Geldmittel oder mehrerer Mitvormünder (11) oder unter andern nichtigen Vorwänden die Alimentation verweigert. In jenem Fall muß er von den in seinen Händen befindlichen Summen zur Strafe auch noch die höchsten Zinsen zahlen (12). Ein ähnliches Verfahren wird gegen den abwesenden Vormund beobachtet. Dieser wird nämlich auf Antrag des Pfleglings oder des Familienraths edictaliter citirt und im Falle des Ausbleibens ein Specialcurator zur Herbeischaffung der Alimente bestellt (13); wenn aber dem ordentlichen Vormunde Dolus oder lata culpa zur Last fällt, Absetzung oder Beiordnung eines Curators (14) und zugleich Immission des Pupillen in das eigene Vermögen des Vormundes erkannt, zu dessen Verwaltung dann ebenfalls eine Realcuratel anzuordnen ist (15). Kann hingegen der Vormund deshalb die Alimente nicht herbeischaffen, weil das väterliche Vermögen dem Pflegbefohlenen streitig gemacht wird, so muß die Obrigkeit nach den Grundsätzen

(11) Dosithei Interpretam. lib. III. §. 12. ed. Böcking. Bonnae 1832. p. 15.

(12) L. 3. §. 4. h. t. L. 7. §. 8. de adm. tut. L. 3. §. 15. de susp. tut.

(13) L. 6. h. t.

(14) L. 7. §. 3. de susp. tut.

(15) L. 7. §. 2. eod. (epistula D. Severi et Antonini ad Atriunculonium).

des Carbonianum edictum wegen Alimentation und Immission des Pfleglings das Erforderliche verfügen (16).

2) Hat dagegen der Vormund dem Pflegling wirklich Alimente verabreicht, aber das Maaß derselben ohne Anfrage bei der Obrigkeit nach eigenem Gutdünken festgesetzt, so kann natürlich von keiner Strafe, sondern nur von der Verantwortlichkeit des Vormundes im künftigen judicium tutelae oder negotiorum gestorum (17), oder von seinen Ansprüchen im contrarium judicium die Rede sein.

Aus der bonae fidei Natur dieses judicii ergiebt sich nun aber die allgemeinere Regel, daß dem Tutor alle billigen und verständigen Ausgaben (reputationes non improbae) durchgehen müssen (18).

Hat also der Vormund die Alimente, ohne Decret der Obrigkeit hergegeben, so kann ihm der Pflegling dieses im Allgemeinen nicht zur Last legen (19), er müßte denn beweisen wollen: die vom Vormund in Rechnung gebrachten Ausgaben seien gar nicht zu seiner Erziehung verwendet worden, sondern er habe die dazu erforderlichen Gelder auf anderm Wege erhalten (20). Es kann daher dem Vormund nur vorgeworfen werden, daß die Ausgaben zu niedrig oder zu hoch gewesen sind. Ob sie aber dieses waren oder nicht, hat der judex

(16) L. 1. C. h. t. L. 5. §. 3. de Carb. ed.

(17) Davon handelt L. 2. h. t., die der Inscription nach mit der L. 1. de tutelae zusammenhängt.

(18) L. 2. pr. h. t. L. 2. C. h. t. L. 3. C. de adm.

(19) L. 3. C. de adm. Strenger bestehen die neuern Gesetze auf Antrag bei der Obrigkeit und strenger Beobachtung ihrer Festsetzung. Preuß. Landr. §. 335. 336.

(20) L. 2. C. h. t. L. 12. § 3. de adm.

tutelae nach eben jenen beiden Rücksichten zu bestimmen, welche auch den Prätor bei der Festsetzung durch Decret hätten leiten müssen, nämlich nach dem Vermögen und den Verhältnissen des Pflegbefohlenen. Erscheinen sie nach beiden Rücksichten angemessen, so müssen sie dem Vormunde ohne Abzug durchgehen, wenn er auch kein Decret extrahirt hat. Im Gegentheil würde der Vormund tutelae belangt werden können, wenn er durch die bei einem solchen Antrage unvermeidliche Publicität den Credit und Handel des Pupillen geschwächt hätte (21).

Allein wenn der Vormund nach eigenem Gutdünken die Alimente bestimmt hat, so muß er es künftig lediglich auf die Beurtheilung des judex tutelae ankommen lassen, ob dieser die Ausgaben angemessen findet oder nicht. Um sich nun in dieser Beziehung sicher zu stellen, thut der Vormund allerdings wohl, gleich beim Antritt seiner Verwaltung von der Obervormundschaft die Größe ein für allemal durch Decret festsetzen zu lassen (22). Der Vortheil eines solchen Decrets besteht für den Vormund darin, daß ihm die decernirte Summe im judicium tutelae in der Regel durchgehen muß, wenn ihm nicht besonders nachgewiesen wird, daß er den Prätor über die Größe des Vermögens falsch berichtet oder bei verschlechterten Vermögensumständen nicht rechtzeitig auf Herabsetzung der Anfangs bewilligten Summe angetragen (23) habe.

(21) L. 2. pr. h. t. L. 2. C. h. t. L. 3. C. de adm.

(22) L. 2. C. h. t.

(23) L. 2. §. 1. 2. h. t. L. 2. C. h. t. L. 3. C. de adm.

In einer ähnlichen Lage befindet sich der Vormund, wenn der Vater im letzten Willen die Alimente bestimmt hat. Der Vormund kann nämlich die bestimmte Summe in Rechnung bringen. Findet sich jedoch, daß der Vater die Summe im Verhältniß zum Vermögen zu hoch bestimmt hat, so muß er das zu viel Gezahlte ersetzen, weil er sich an den Prätor wenden und auf Herabsetzung antragen konnte und mußte (24).

Noch weniger darf sich der Vormund bei dem Ausspruch dritter Personen beruhigen, denen etwa der Vater im letzten Willen die Bestimmung der Alimente anheim gestellt hat, da er sich überhaupt nur durch Rücksichten einer verständigen Administration, nicht aber durch fremde Auctoritäten bestimmen lassen darf (25).

IV. Woher der Vormund die Mittel, um diese persönlichen Bedürfnisse des Pfleglings zu bestreiten, nehmen wollte, war ursprünglich seinem eigenen vernünftigen Ermessen überlassen. Später finden sich darüber, wenigstens bei größerm Vermögen, gesetzliche Bestimmungen. Arcadius und Honorius verordnen nämlich im Jahr 396: daß in der Regel die Revenüen des Grundeigenthums dazu benutzt werden sollen. Besitzt aber der Pflegling nur bewegliches Vermögen, so soll der Vormund dieses verkaufen und aus dem Erlös entweder Grundstücke kaufen, oder, wenn diese nicht zu haben sind, ihn auf Zinsen legen und daraus die Bedürfnisse des Pfleglings bestreiten (26). Justinian hat im Ganzen dieses Gesetz bestä-

(24) L. 2. §. 3. h. t.

(25) L. 47. §. 1. D. L. 3. C. de adm.

(26) L. 6. §. 1. C. Th. de adm. (396) i. e. L. 24. C. eod. (doch am Schluß verändert.)

tigt (27). Womöglich sollen nun die Revenüen nicht aufgebraucht, sondern jährlich ein Ueberschuß bleiben und deponirt werden (28). Reichen die Revenüen nicht aus, so kann selbst das Capital angegriffen und aufgezehrt werden (29). Ja der Vormund kann sogar mehr aufwenden als der Pflegling im Vermögen hat, sobald das Beste desselben eine Anleihe zu diesem Zweck rechtfertigt (30). Was der Vormund auf diese Weise aufwandte, kann er im contrarium judicium tutelae wiederfordern (31), denn nie ist er verpflichtet, aus eigenen Mitteln den Pupillen erziehen zu lassen (32). Vielmehr müssen im Nothfall die zur Alimentation verpflichteten Verwandten desselben herbeigezogen werden (33). Sind auch dergleichen nicht vorhanden, so wird der Pupill in einer Stiftung oder durch gemeine Beihülfe, oder aus den Armenanstalten unterhalten (34).

B. Ehe der Pflegbefohlenen.

1. Verlobung und Verheirathung.

§. 117.

Auch auf die Verheirathung der Pflegbefohlenen hat die

(27) Nov. 72. c. 7. 8.

(28) L. 3. §. 1. h. t. Nov. 72. c. 7. 8.

(29) Nov. 72. c. 7. 8.

(30) L. 3. §. 1. de contr. tut.

(31) L. 3. §. 1. cit.

(32) L. 3. §. 6. h. t.

(33) Preuß. Landr. §. 308. 309.

(34) Zu dergleichen Stiftungen gehörte schon in Rom die Trojanische, aus welcher 246 Knaben und 35 Mädchen bis zur plena pubertas unterhalten wurden. Pertinax hob sie auf. Seit der christlichen Kaiserzeit entstanden aber neue. L. 32. C. de ep. et cler. Nov. 123. c. 23. 131. c. 15. — vgl. Preuß. Landr. §. 309. 310.

Vormundschaft, Obervormundschaft und der Familienrath einen Einfluß, der jedoch nach den verschiedenen Arten der Vormundschaft verschieden ist.

Das stärkste Recht in Rücksicht der Ehe der Tochter steht dem Vater Kraft seiner väterlichen Gewalt, oder nach deutschen Rechtsansichten seines väterlichen Mundii zu.

Aber auch die gesetzlichen Geschlechtstutoren haben wenigstens auf die strenge Ehe insofern Einfluß, als ohne ihre Auctoritas weder durch Coemtion noch Usucapion die Manus über die Frau erworben werden konnte (1) und auch im ältern deutschen Recht hat das Mundium der rechten Vormünder die nämliche Wirkung (2).

Untergeordneter ist der Einfluß der übrigen Geschlechtstutoren, so wie der Tutoren und Curatoren unmündiger und minderjähriger Jungfrauen und Wittwen (3) auf die freie Ehe und das Verlöbniß. Bei solchen Vormundschaften gebührt die Bestimmung des künftigen Gatten der Pflegbefohlenen, wenn ihn der Vater nicht schon ausersehen hat (4), zunächst dem **Familienrathe**. Zu diesem gehört die Mutter, die Cognaten und Affinen und die Geschlechts- und Pupillentutoren (5), nicht aber die Curatoren (6), da nur die

(1) Cic. pro Flacco. c. 34.

(2) L. Longob. II. 1. 1. 4. Grimm deutsche Rechtsalterth. S. 423—429.

(3) L. 6. §. 2. C. Th. de sponsal.

(4) Vat. Fr. §. 202.

(5) Gellius N. A. V. 13. Cic. pro Cluent. c. 5. Liv. IV. 9. L. 1. C. de nupt. L. 1. §. 1. 2. C. Th. eod. L. 7. C. Th. i. e. L. 4. C. de sponsal.

(6) L. 20. de R. N. L. 8. C. de nupt. Unrichtig bezieht Dirksen Civ. Abh. II. S. 189. die erste Stelle auf Geschlechtstutoren. vergl. Gaj. I. 19.

beiden Arten der Tutel, nicht aber die Curatelen als Officia gegen die Person betrachtet werden (7). Dissentiren die Tutoren und die Mutter, so entscheidet der Ausspruch der Obrigkeit das jus nuptiarum (8). Ist die Pflegbefohlene aber schon mündig, so muß sie selbst in die Eingehung und Auflösung des Verlöbnisses consentiren (9). Auch im deutschen Recht wird zu dem Verlöbniß der Pflegbefohlenen Einwilligung des Vormundes, der Mutter und der Großältern gefordert (10). Hält der Vormund geflissentlich das Verlöbniß nicht, so wird er relegirt und muß die empfangene arrha (sponsalia) vierfach restituiren (11). Wenn indeß die Pflegbefohlene zur Zeit der Verlobung bereits über 12 Jahr oder als vidua über 10 Jahr alt war und ihre freie Zustimmung dazu gab, so ist sie selbst zur vierfachen Restitution der arrha verpflichtet (12). In späterer Zeit ist indeß diese Strafe dem Vormunde in mehrern Fällen erlassen (13), für die minderjährige Pflegbefohlene aber ganz aufgehoben worden (14).

(7) Thl. I. S. 40 ff.

(8) Liv. IV. 9. L. 1. C. de nupt. Auch letztere Stelle bezieht Zimmern Gesch. I. S. 539. N. 15. unrichtig auf die Geschlechtstutel.

(9) L. 6. de sponsal.

(10) C. 16. X. de testam. „tutores impuberis eam jure Lombardo Petro cuidam tradiderunt." — Preuß. Landr. II. 1. §. 49. 54. v. Kamptz Provinzialr. III. S. 485. n. 26. G. A. Jenichen Obss. sel. ad Leyseri Med. Vol. XI. p. 25.

(11) L. 4. C. Th. i. c. L. 2. C. de sponsal. L. un. C. Th. si nuptiae ex rescripto. L. 5. C. de sponsal.

(12) L. 6. §. 2—4. C. Th. de spons. L. Rom. Burg. Tit. XXVII.

(13) L. 6. pr. §. 1. C. Th. de sponsal. L. un. C. Th. et Iust. si rector. prov.

(14) L. 5. C. de sponsal. (469).

Die Justinianische Compilation kennt daher sowohl für den Vormund, als für die minderjährige Pflegbefohlene selbst nur einfache Zurückgabe des Empfangenen (15).

2. Ausstattung.

§. 118.

Im Fall der Verheirathung kann die Frau sowohl die Kosten der Hochzeit, als die Bestellung der Dos aus ihrem Vermögen verlangen (1).

Die erstern giebt bei minderjährigen Frauen der Curator, während eine großjährige sie selbst bestimmt (2). Für die Bestellung der letztern hingegen hat der Vormund, d. h. der Geschlechtstutor und curator minoris, und zwar sowohl der generelle (personae datus) als der specielle (ad dotem dandam, dicendam, promittendam, augendam, mutandam ex lege Julia et SCto datus) Sorge zu tragen (3). Verweigert der Vormund die Bestellung, oder entstehen Streitigkeiten über die Höhe der Dos, so entscheidet der Ausspruch des vormundschaftlichen Gerichts, welches den Betrag nach den Regeln der Alimente, d. h. mit Rücksicht auf das Vermögen und den Stand der Frau festzusetzen hat (4).

Der Form nach, kann die Bestellung der Dos im ältern Recht nicht von der Frau selbst, wenigstens nicht ohne Mit-

(15) L. 5. C. cit. woraus im Justinianischen Codex Statt quadrupli poena statuta poena interpolirt ist.

(1) L. 52. de adm.

(2) Gajus 1. 190. 191.

(3) Thl. I. S. 398. 399.

(4) L. 60. de jure dot. L. 9. C. de adm. vgl. Preuß. Landr. §. 339. 340.

wirkung eines Vormundes geschehen, da Frauen überhaupt ohne Auctoritas eines Geschlechtstutors keine Dos versprechen (5), und minderjährige Frauen insbesondere ohne Consens des Curators zwar promittiren, aber nichts alieniren können (6). Diese Mitwirkung kann aber bei einem Geschlechtstutor nur Auctoritas (7), bei einem Curator nur Consens oder Gestio sein (8), da Geschlechtstutoren nicht geriren, Curatoren aber nicht auctoriren können. Im Justinianischen Recht ist die Geschlechtstutel verschwunden, mithin bei großjährigen Frauen überall keine Mitwirkung eines Vormundes mehr erforderlich, Minderjährige aber brauchen blos noch den Consens (9) oder die Vertretung (10) ihres generellen oder speciellen Curators. Dagegen aber bedarf es im Justinianischen Recht bisweilen der obrigkeitlichen Mitwirkung. Sobald nämlich eine Versilberung des Vermögens nöthig ist, weil der Mann nur baares Geld als Dos annehmen will, so muß der Curator bei dem vormundschaftlichen Gericht um

(5) Cic. pro Flacc. c.35. Gaj. I. 178. Ulp. XI. 20. L. 61. pr. de jure dot.

(6) Vat. Fr. §. 110. Paullus respondit, etiam post nuptias copulatas dotem promitti vel dari posse; sed non curatore praesente *promitti* debere, sed tutore auctore.

(7) L. 61. §. 1. de jure dot. (im ursprünglichen Zusammenhange.)

(8) Vat. Fr. §. 110.

(9) L. 60. de jure dot. wo statt auctoritatem consensum interpolirt ist. L. 28. C. de jure dot.

(10) L. 43. §. 1. de adm. — L. 61. §. 1. de jure dot. Diese Stelle redete zwar der Inscription nach ursprünglich vom Julischen Geschlechtstutor, ist aber durch Interpolation auf den Curator bezogen worden, weshalb denn ganz consequent dem Vormunde auch Administrationshandlungen, z. B. die Tradition und Versilberung der Dotalsachen gestattet werden.

ein decretum de alienando nachsuchen und sodann den Ertrag des Verkaufs zur Dos machen (11).

Endlich entsteht noch die Frage, welche Wirkung eintritt, wenn eine zu große Dos versprochen wurde? Es kommt hier zunächst darauf an, ob die Promission von der Frau mit Auctoritas oder Consens des Vormundes, oder ob sie vom Vormunde selbst ausging. Im ersten Fall erwirbt der Mann auf das zu viel versprochene ipso jure keine Klage, weil die lex Julia de maritandis ordinibus eine dolose Auctoritas des Geschlechtstutors nicht gut heißt (12). Im letztern Fall (13) hingegen erwirbt der Mann allerdings die actio ex stipulatu gegen den Vormund. Auch wird diesem keine exceptio gegeben, noch die actio als utilis auf die Pflegbefohlene transferirt, da er sein Officium überschritten, d. h. nicht zum Versprechen der Pflegbefohlenen auctorirt oder consentirt (14),

(11) L. 61. §. 1. de jure dotium. Sed, ut expediatur quaestio, — tunc officium est curatoris, apud eundem intrare Judicem, qui eum constituit, ut iterum ei causa cognita etiam viro absente permittat rerum venditione celebrata dotem constituere. Es bedarf keines Beweises, daß diese Schlußworte eine Justinianische Decision sind.

(12) L. 61. §. 1. cit. ipso jure promissio non valet, quia Lege rata non habetur auctoritas dolo malo facta.

(13) Von diesem Fall handelt die merkwürdige L. 43. §. 1. de adm. vgl. dazu Basil. IV. p. 835. Cujac. Comm. in lib. VII. quaest. Paulli. Opp. postum. Tom. II. p. 1100. seqq. Schulting Notae. Tom. IV. p. 435.

(14) Wahrscheinlich redete Paullus von einem Geschlechtstutor, da es immer mulier, nicht adulta heißt und zu seiner Zeit der Curator in die promissio niemals consentirte. Vat. Fr. §. 110. Daß er den patruus nennt, steht nicht entgegen, da dieser als dativus tutor auch nach der Lex Claudia noch vorkommt.

sondern sich als Selbstschuldner constituirt hat (15). Er hat also nur, falls er nicht schenken wollte, die actio negotiorum gestorum contraria, welche er sowohl in stehender als nach aufgelöster Ehe gegen die Frau anstellen kann. Kann jedoch die Frau ihm das zu viel versprochene nicht zahlen und trifft ihn zugleich kein Vorwurf, indem er sich in entschuldbarem Irrthum befand, so wird ihm gegen die actio ex stipulatu des Mannes eine doli exceptio gegeben. Doch kann sich dann dieser gegen die Frau durch eine Caution sicher stellen, daß sie, im Fall einer Vermehrung ihres Vermögens, das Fehlende späterhin nachzahlen wolle.

Im Justinianischen Recht liegt übrigens dem Curator auch die Sorge für die Bestellung der donatio propter nuptias ob (16).

C. Sorge für Ungeborene oder Großjährige.

§. 119.

Eine ähnliche Sorge für die persönlichen Verhältnisse und Bedürfnisse der Pflegbefohlenen tritt nun aber auch bei den übrigen Curatelen ein, welche nunmehr kurz zusammenzufassen sind.

I. Bei der cura ventris hat der Curator der Mutter

(15) Basil. Tom. IV. p. 835. ὡς παρεξελθὼν τὸ ὀφφίκιον, καὶ μὴ συναινέσας, ἀλλὰ πρωτοτύπως ὑποσχόμενος. Es wird nämlich in einem solchen Fall auch nur des Vormundes Name in die cautio dotis aufgenommen. „Ille patruus et curator stipulanti spopondit.“

(16) L. 28. C. de jure dot.

des Ungeborenen die erforderlichen Alimente, d. h. Nahrung, Kleidung, Wohnung und Dienerschaft anzuschaffen. Die Größe der Ausgaben bestimmt er selbst nach dem Vermögen des Verstorbenen und dem Stande der Frau, doch ohne Rücksicht darauf, ob sie eine Dos hat oder nicht. Die Kosten sind zuerst aus dem baaren Gelde und sodann durch Verkauf der entbehrlichsten Sachen zu bestreiten (1).

II. Auch bei der cura bonorum ex Carboniano edicto sind dem Unmündigen Alimente und Studienkosten zu verabreichen (2).

III. Ebenso liegt dem curator furiosi die Sorge für die Aufsicht und Heilung, sowie für den Unterhalt des Wahn- oder Blödsinnigen ob (3). Indeß führt der Curator diese Aufsicht gewöhnlich nicht selbst, vielmehr liegt die Custodia auch hier zunächst den Angehörigen (necessarii), d. h. den Cognaten (4) und Affinen, namentlich dem Ehegatten ob (5). Versäumen die Cognaten diese Pflicht, so können sie im Testament ausgeschlossen werden und wenn dies nicht geschehen ist, so wird die Erbschaft zu Gunsten jedes Dritten, der sich

(1) L. 1. §. 19. 20. L. 4. 5. pr. de ventre in poss. mitt. L. 1. §. 4. de mun.

(2) L. 5. §. 3. L. 6. §. 4. 5. de Carb. ed.

(3) Cic. de Inv. II. c. 50. Auct. ad Herenn. I. c. 13. „*in eo* pecuniaque potestas esto." Varro de R. R. I. c. 2. „mente est captus atque ad agnatos et gentiles est deducendus." L. 7. pr. de cur. fur. Consilio et opera tueri debet non solum patrimonium, sed et *corpus* ac *salus* furiosi.

(4) L. 13. §. 1. L. 14. de off. praes.

(5) L. 22. §. 7. 8. Soluto matr. (dem Stil nach von Justinian herrührend.)

der Verpflegung unterzog, caduc (6). Versäumt der Ehemann dieselbe, so kann und muß der Curator oder die Cognaten der wahnsinnigen Ehefrau den Richter angehen und den Mann zur Erfüllung anhalten, oder die Dos sequestriren lassen (7). Nur in Fällen eigentlicher Raserei sind Cognaten und Ehegatten von derselben dispensirt, und letztere können sich sogar ohne Nachtheil scheiden (8). In diesen Fällen tritt dann Gewahrsam des Wahnsinnigen in einer öffentlichen Anstalt ein (9). Nach älterm deutschen Recht soll zwar der Pfleger den Wahnsinnigen selbst beaufsichtigen und für den Schaden haften (10). Doch haben sich die neuern Gesetzgebungen mehr dem Römischen Recht angeschlossen (11).

IV. Bei der cura prodigi legt erst das neuere Recht dem Vormunde die Pflicht auf, den Curanden, auch wenn er großjährig ist, zu beaufsichtigen und ihn nöthigenfalls unter Direction des vormundschaftlichen Gerichts zu einem ordentlichen und regelmäßigen Leben anzuhalten (12).

V. Bei der cura debilium liegt die Sorge für die persönlichen Bedürfnisse zwar dem Vormunde, die Aufsicht und Pflege aber den Cognaten und im äußersten Fall einer öffentlichen Anstalt (nosocomium, gerontocomium) ob (13).

(6) Nov. 115. c. 3. §. 12. c. 4. §. 6. Auth. Liberi C. de ep. et cler. s. o. §. 73.

(7) L. 22. §. 7. S. sol. matr.

(8) L. 22. §. 8. cit. Einschränkungen hat erst Leo gemacht. Nov. Leon. 3. 112.

(9) L. 13. §. 1. 14. off. praes.

(10) Thl. I. S. 124. Note 9.

(11) Preuß. Landr. §. 341—347. v. Strombeck Erg. zur G. O. I. §. 939—949. Code civ. a. 509. 510.

(12) Preuß. Landr. II. 2. §. 86 ff. II. 18. §. 349. 350.

(13) L. 16. 18. 19. C. de S. S. eccl.

VI. Bei der cura absentium soll die Loskaufung aus der Gefangenschaft von den Erben, und zwar wenn sie über 18 Jahr alt sind, bei Strafe der Enterbung oder Ereption der Erbschaft bewerkstelligt werden (14).

III. Einwilligung in die Rechtsgeschäfte des Pflegbefohlenen.

A. Begriff und Arten.

§. 120.

Quellen:

Inst. I. 21. de auctoritate tutorum.

Dig. XXVI. 8. de auctoritate et consensu tutorum et curatorum.

Cod. V. 59. de auctoritate praestanda.

Litteratur:

Lipenius p. 432. Schott p. 485.

Eine andere wichtige Function des Vormundes, namentlich des Geschlechtstutors, des Pupillentutors und des Curators eines Minderjährigen, ist die Genehmigung und Bekräftigung derjenigen Rechtsgeschäfte, welche der Pflegbefohlene allein nicht rechtsbeständig eingehen kann.

Das griechische und das älteste Römische Recht kennen nur eine Art und Form dieser Einwilligung; späterhin wer-

(14) Nov. 115. c. 3. §. 13. c. 4. §. 7.

werden zwei: auctoritas und consensus unterschieden. In diesem Gegensatze ist nun Auctoritas im eigentlichen Sinn(1) das Vollwort des Tutors, weshalb dieser auch κύριος, auctor (2) und die Tutel auctoritas genannt wird (3); Consensus hingegen die Genehmigung des Curators. Der Zweck der Auctoritas ist der: eine Willenserklärung, welche nach altem Civilrecht (besonders aus politischen Gründen) unkräftig ist, rechtliche Gültigkeit (auctoritas in diesem Sinne) zu verleihen (4). Der Zweck des Consenses hingegen: einen zwar nach altem Civilrecht vollständigen, aber noch unerfahrenen Willen von nachtheiligen und übereilten Geschäften zurückzuhalten. Daher ist die Auctoritas wie die Tutel selbst in Form und Wesen alterthümlicher und veralternder als der Consensus, welcher auch später sich noch fortentwickelt (5). — Unsere Juristen haben diesen Gegensatz in neuerer Zeit meistens richtig aufgefaßt; nur ist der häufig vorkommende Ausdruck: durch die Auctoritas solle die Persönlichkeit des Pfleglings ergänzt werden (6), nicht recht passend, da er aus einem Mißverständniß der Regel: tutor personae datur hervorgegangen ist, in welcher doch nicht der Inhalt, sondern der äußere Umfang und

(1) Ueber den uneigentlichen vgl. Thl. I. S. 38. Note 51.

(2) Thl. I. S. 36. Note 43. adde Gellii N. A. V. 19. Apulej. Apol. p. 105. Bip.

(3) Thl. I. S. 39. Note 52. Ueber Etymologie und Schreibung dieses merkwürdigen juristischen Kunstworts vgl. besonders die neue Ausgabe von Forcellini unter auctor und auctoritas. Die neusten Versuche der Juristen über dieselbe sind nicht sehr glücklich ausgefallen.

(4) L. 189. de R. J.

(5) Thl. I. S. 39. 43.

(6) v. Savigny vom Beruf. S. 104. Huschke in der Tüb. krit. Zeitschr. V, 2. S. 282 ff.

nicht der Gegensatz der Tutel gegen die Cura, sondern eine allgemeine Regel der Vormundschaft überhaupt ausgesprochen wird (7).

Auch das ältere deutsche Recht kennt eine Einwilligung des Vormundes unter dem Namen der Vollbort (8), so daß die Anwendung der Römischen Grundsätze im Allgemeinen keine Schwierigkeit finden konnte, wenn auch Einzelnes, als mit den ältern Ansichten unvereinbar, nicht practisch geworden ist (9).

B. Nothwendigkeit vormundschaftlicher Genehmigung.

1. Bei mündigen Frauen.

§. 121.

In Rücksicht der Geschäfte, zu welchen vormundschaftlichen Genehmigung erforderlich ist, ist zwischen mündigen Frauen und Jungfrauen, Pupillen und Minderjährigen zu unterscheiden.

Nach Römischem Recht sind folgende Geschäfte mündiger Frauen ohne tutoris auctoritas nichtig (1).

I. Alle

(7) vgl. Thl. I. S. 376.

(8) Haltaus s. v.

(9) Lauterbach Coll. Arg. XXVI. 8. §. 8. und 21. vgl. jedoch Kreitmayr I, 7. S. 469.

(1) Ulpian. XI. 27. Tutoris auctoritas necessaria et mulieribus quidem in his rebus, si lege aut legitimo judicio agant, si se obligent, si civile negotium gerant, si libertae suae permittant in contubernio alieni servi morari, si rem mancipi alienent.

I. Alle civilia negotia oder actus legitimi sind den Frauen zum Theil schon durch ihre Form unzugänglich. Dahin gehören: zunächst alle Geschäfte in den Comitien, wie Arrogationen und die beiden ältesten Testamentsformen, weil Frauen keine comitiorum communio haben (2), ferner die älteste Vertragsform an der ara maxima, da Frauen vom sacrificium Herculanum ausgeschlossen sind (3); ebenso alle Geschäfte mit aes et libra, z. B. Testamente, Mancipationen, Coemtionen, nexi obligatio und liberatio und daher auch wohl Annahme eines legitimum judicium (4), weil diese Geschäfte auf einer symbolischen Darstellung der Comitialform beruhen (5); nicht minder alle legis actiones sowohl bei streitiger als freiwilliger Gerichtsbarkeit, z. B. manumissio per vindictam, in jure cessio (6), weil Frauen ihres Geschlechts wegen zu dem bei den Vindicationen üblichen Kampf unfähig sind; endlich die cretio, cognitoris datio, und mehrere andre.

II. Die Eingehung passiver Obligationen, ist ebenfalls theils aus formellen Gründen, theils aus Rücksicht auf das Interesse der Tutoren ohne deren Einwilligung für nichtig erklärt worden. Doch bezieht sich diese Regel nur auf eigentliche strengrechtliche Obligationen, so auf Annahme eines le-

(2) Gell. N. A. V. 19. Vestalinnen, da sie comitiorum communio haben, sind fähig zu testiren. Plut. Numa c. 10. Gellius N. A. VI. 7.

(3) Dionys. Halic. I. 40. Gell. N. A. XI. 6. Propert. IV. 9. 67–70. Plutarch. Quaest. Rom. 57. (Mittheilung von Herrn Prof. Lachmann und Klenze.)

(4) Rudorff in d. Zeitschr. für gesch. R. W. VII. S. 231 ff.

(5) Festus v. classici testes.

(6) Vat. Fr. §. 45.

gitimum judicium, Promissionen (7), auf dotis dictio (8), auf Condictionen (9). Dagegen aus freier behandelten Obligationen, so z. B. aus dem Depositum und Commodat (10), aus Annahme eines judicium quod imperio continetur, aus dem Constitutum einer Schuld (11), aus Pollicitationen (12), aus Besorgung fremder Geschäfte (13), aus Anstellung eines magister navis (14), eines Institor (15), Einräumung eines Peculium (16), werden so gut gegen Frauen, als gegen Männer Klagen gegeben.

III. Ganz ähnlich verhält es sich mit Antretung von Erbschaften, indem hier nur die Antretung civiler hereditates unmöglich ist (17), während die Nachsuchung der bonorum possessio und die Annahme ex S. C. Trebelliano vollkommen gültig und wirksam geschehen kann (18), da das Postuliren und die Procuratur in eigenen Angelegenheiten den Frauen gestattet wird.

(7) Gajus III. 107. 108.

(8) Cic. Caecin. c. 25. Cic. pro Flacc. c. 35. Vat. Fr. §. 110. L. 60. 64. de J. D. Ulp. XI. 22. ad nuptias contrahendas heißt hier ad dotem constituendam. vgl. L. 20. de R. N.

(9) Gajus III. 91. Unde *quidam* putant, pupillum aut mulierem, cui s. t. a. debitum per errorem datum est, non teneri condictione, non magis quam mutui datione.

(10) L. 27. pr. de peculio.

(11) L. 1. §. 1. 2. de pec. const.

(12) L. 6. §. 2. de pollicit. (Rescr. v. Sever und Caracalla.)

(13) L. 3. §. 1. de neg. gest. Paull. 1. 4. §. 4. L. 32. §. 1. neg. g. L. 24. C. de usur.

(14) L. 1. §. 16. de exerc. L. 4. C. de inst. et ex. act.

(15) L. 7. §. 1. de inst.

(16) L. 3. §. 2. de pecul.

(17) Gajus 1. 176. L. 8. pr. de A. vel O. H. vgl. §. 122. Note 22.

(18) L. 41. ad S. C. Treb. Mulier an masculus sit, cui restituitur, nihil interest.

IV. In Ansehung der Veräußerungen ist zwar die Stellung der Römischen Frauen weit freier, als die der griechischen, welche über mehr als einen Medimnus an Werth nicht disponiren können (19), während jene ihr Vermögen frei und selbstständig verwalten. Doch finden sich auch hier folgende Beschränkungen:

1) Eigenthum an res mancipii kann eine Frau ohne Auctoritas des Tutors nicht aufgeben (20) und deshalb unter andern auch nicht manumittiren (21). Nec mancipi res aber, z. B. Provinzialgrundstücke (22), die possessio an mancipi und nec mancipi res (23), Feld- und Gartenfrüchte (24) und baares Geld kann dagegen die Frau auch ohne Auctoritas gültig veräußern. Sie erwirbt daher aus ihren Zahlungen auch die Liberation oder die certi oder indebiti condictio (25). Die Wirkung des Veräußerungsverbots besteht darin, daß die Frau vindiciren kann, ohne daß ihr Usucapion entgegensteht, da diese bei der Agnatentutel in den zwölf Tafeln verboten, bei den übrigen Tutelen aber gewöhnlich wegen mangelnden Titels unmöglich ist (26). Wegen des Kaufprei-

(19) Cic. pro. Flacco c. 30. Harpocrat. Phot. Suid. Unter ὅτι παιδὶ καὶ γυναικί. Saint Martin im Journal des Savans 1822. p. 155.

(20) Apulej. Or. de magia p. 105. Bip. Gaj. II. 80. Vat. Fr. §. 259. — Wegen Vat. Fr. §. 264. vgl. Vat. Fr. §. 314.

(21) Ulp. 1. 17. Fragm. de juris spec. §. 15. cf. Dosithei interpr. ed. Böcking. p. 57.

(22) Vat. Fr. §. 259.

(23) Vat. Fr. §. 1. „possessionem alienare potest" heißt: der Besitz geht durch juristische Succession über. Ueber Servituten vgl. Vat. Fr. §. 45.

(24) Vat. Fr. §. 1.

(25) Gaj. II. 81.

(26) Gaj. II. §. 47. Ausnahmen:

ses, oder bei Schenkungen wegen Convalescenz durch frühern Tod der Schenkerinn steht aber dieser Vindication bisweilen eine doli exceptio entgegen (27).

2) Forderungen kann die Frau so weit aufgeben, daß sie Zahlung annehmen kann, mithin sofern der Erlaß einen tauschähnlichen Character hat. Liegt aber eine Liberalität dabei zum Grunde, d. h. ist der Erlaß durch Acceptilation geschehen, so wird dadurch die Forderung nicht getilgt, denn obgleich Forderungen zu den nec mancipi res gehören, so ist die Frau doch schon durch die Form und den lucrativen Character der Acceptilation gehindert (28).

3) Von Familienrechten wird nur der Patronat (über eine liberta) als unveräußerlich genannt (29).

4) Ihre Actionen kann die Frau insoweit consumiren, daß sie dieselben in ein judicium quod imperio continetur (nicht in ein legitimum) deduciren und Procuratoren (nicht Cognitoren) ernennen kann (30).

Mit dem Untergange der Geschlechtstutel sind nun zwar im Justinianischen Recht diese Einschränkungen weggefallen.

Vat. Fr. §. 1. vgl. Puggé im Rhein. Mus. 1829. S. 423—428. Vat. Fr. §. 259. wo Usucapion des bonitarischen Eigenthums gemeint ist.

(27) Vat. Fr. §. 259.

(28) Cic. Top. c. 11. Gajus II. 85. III. 171. L. 1. C. de acceptil. Apud judicem quaeretur an sollennibus verbis tutoris auctoritate interveniente soror tua acceptilatione debitorem suum liberavit.

(29) Ulp. XI. 27. — si libertae suae permittant, in contubernio alieni servi morari.

(30) Vat. Fr. §. 325. 327. — mulieres quoque et s. t. a procuratorem facere posse. — Ulp. XI. 27.

Allein nach deutschem Recht bedürfen Frauen zu verschiedenen Geschäften wieder der Einwilligung ihres Geschlechtsvormundes. Die dahin gehörenden Fälle sind zwar verschieden, jenachdem der Vormund Ehemann oder nächster Erbe der Frau oder ihr blos von Gerichts halben zugeordnet ist. Doch wurden dahin allgemein gerichtliche Handlungen und gewöhnlich auch mehrere außergerichtliche Geschäfte, z. B. Veräußerungen von Eigen gerechnet (31), und in diesen Fällen ist denn da, wo die Geschlechtsvormundschaft überhaupt noch fortbesteht, auch heute noch vormundschaftliche Genehmigung erforderlich (32).

2. Bei Pupillen.

§. 122.

Ungleich beschränkter als die der Frauen ist die Handlungsfähigkeit der Pupillen.

In den Fällen freilich, wo Erwerb und Verlust von Rechten kraft allgemeiner Rechtsregel eintritt (1) oder wo Obligationen aus Delicten (2), oder unmittelbar gesetzlichen Gründen entspringen (ubi ex re actio venit (3)) trifft dieses Alles auch den Pupillen.

(31) Sächs. Landr. I. 45. §. 2. 46. 47. II. 68. Lüb. Recht. Bd. I. Tit. 7. §. 8. 12.

(32) Wiesner Vormundschaftsr. §. 122—208. Preuß. A. G. O. I. 1. §. 26—29.

(1) L. 8. pr. de A. H. L. 1. §. 2. L. 28. de usurp.

(2) L. 5. §. 2. ad L. Aquil. L. 111. pr. de R. J. L. 23. de furtis. Doch wird vorausgesetzt, daß der Pupill doli capax ist.

(3) L. 24. 46. de O. et A. z. B. L. 6. pr. 21. §. 1. 34. de neg. gest. L. 13. §. 1. de cond. ind. L. 1. §. 15. depos. L. 11. de instit. L. 8. §. 15. ad S. C. Vellej. L. 10. 11. de O. N. N.

Ebenso kann er, wenn er nur ernstlich wollen und den Hergang begreifen kann, d. h. wenn er infantia major ist und zugleich die Form der Handlung kein Hinderniß darbietet, alle bereichernde Handlungen ohne Zuziehung seines Tutors gültig vornehmen, so z. B. kann er gültig stipuliren (4), sich von Obligationen liberiren (5), Eigenthum (6) und Besitz (7) erwerben u. s. w.

Von allen übrigen Willenshandlungen aber gilt die Regel der:

> L. 189. de R. J. Pupillus nec velle nec nolle in ea aetate nisi adposita tutoris auctoritate creditur: nam quod animi judicio fit, in eo tutoris auctoritas necessaria est.

und der:

> L. 10. de juris et facti ign. Impuberes sine tutore agentes nihil posse scire intelliguntur (8).

In Anwendung dieser Grundsätze sind folgende Handlungen dem Pupillen ohne vormundschaftliche Auctoritas rechtlich unmöglich:

I. Alle (dem Pupillen überhaupt zugänglichen) civilrechtlichen feierlichen Handlungen (civilia negotia, actus legitimi) aus denselben Gründen und in demselben Umfange wie bei Frauen.

(4) L. 142. §. 2. de V. O. L. 6. Rem pup. L. 1. §. 13. de O. et A. Gajus III. 107.

(5) L. 2. de acceptil. L. 28. pr. de pact. L. 26. pr. 42. pr. de jurejur. L. 1. C. h. t.

(6) L. 11. de A. R. D. L. 26. C. de donat. L. 9. pr. h. t.

(7) L. 1. §. 3. de poss. v. Savigny Besitz. §. 21. Puchta im Rhein. Mus. V. 1. S. 33 ff.

(8) L. 24. 49. §. 2. de V. O.

II. Alle obligirenden Handlungen (9) sind nach strengem Civilrecht für den Pupillen dergestalt unverbindlich, daß keine actio daraus gegeben wird, obgleich bei zweiseitigen Geschäften der andere Contrahent allerdings gebunden ist (10). Diese Regel gilt sowohl von verborum obligationes, z. B. Promissionen (11), als auch von den Fällen, wo Obligationen re contrahirt werden (12) und von allen andern obligirenden Willenshandlungen, z. B. Consensualcontracten, Pollicitationen und Gelübden, Constitut von Schulden, Anstellung von Institoren, Einräumung von Peculien, Jussus an Sclaven, negotiorum gestio u. a. m. (13) — Da jedoch dem jus gentium diese strenge Rechtsansicht fremd ist, so wird der Pflegling späterhin wenigstens als naturaliter obligirt betrachtet. Es kann daher gegen seine Bürgen und Constituenten allerdings geklagt werden (14). Auch kann der Pflegling selbst aus einem zweiseitigen bonae fidei negotium

L. 4. §. 11. de usurp. L. 7. §. 2. de B P.

(9) Gajus III. 107. 108. L. 43. de O. et A. L. 141. §. 2. de V. O.

(10) L. 13. §. 29. de A. E. V. pr. J. h. t.

(11) Gaj. III. 107. L. 1. C. de inut. stip. L. 9. §. 5. de reb. cred. L. 7. de evict. L. 35. 47. de recept.

(12) Gaj. III. 91. L. 9. §. 5. de reb. cred. L. 13. §. 1. de cond. ind. L. 66. de solut. L. 2. de fidej. L. 38. de pignerat. L. 1. §. 2. L. 2. Commod. Die formula depositi, besonders die in factum concepta, ist freilich mehr eine Delictsklage. Gaj. IV. 47. L. 1. §. 15. depos.

(13) L. 5. §. 1. h. t. L. 7. §. 1. de rest. vend. L. 33. pro soc. L. 25. de fidej. L. 2. §. 1. de pollicit. L. 1. §. 2. de pecun. constit. L. 9. 10. de inst. act. L. 1. §. 16. de exerc. act. L. 3. §. 3. de pecul. L. 1. §. 7. Quod jussu. L. 3. §. 4. de neg. gest.

(14) L. 2. de fidej. L. 127. de V. O. L. 42. pr. de jurejur. L. 35. de recept. L. 95. §. 4. de solut.

nur dann wirksam klagen, wenn er bereit ist, auch seinerseits die Verbindlichkeiten aus diesem Geschäft zu erfüllen (15). Hat aber der Pupill seine natürliche Verbindlichkeit erfüllt, so kann er das Gezahlte nicht mit einer condictio indebiti zurückfordern (16). — Noch weiter ist ein Rescript von Antoninus Pius gegangen, welches verordnet, daß gegen den Pupillen, soweit er aus einem Geschäft bereichert ist, sogar die Klage aus diesem Geschäft gegeben werden soll. Vielleicht bezog es sich ursprünglich auf die actio negotiorum gestorum, doch ist es späterhin generalisirt worden (17). Indeß ist die Klage natürlich nicht die directe aus dem Geschäft, sondern nur eine utilis, indem in die Intentio etwa die Clausel: si pubes esset, tum si eum dare oporteret, oder eine gleichbedeutende Fiction aufgenommen wurde. Auch lautet die Condemnatio nur auf Herausgabe dessen, um was der Beklagte aus diesem Geschäft (an baarem Gewinn, Befreiung von Schulden, Ersparniß u. s. w. (18)) im Augenblick der Litiscontestation reicher ist (in quantum locupletior factus est pupillus (19)).

(15) L. 7. §. 1. de resc. vend. L. 3. §. 4. de neg. gest.

(16) L. 13. §. 1. 14. de cond. ind. L. 42. pr. de jurejur. L. 95. §. 2. de solut. L. 21. pr. ad L. Falcid. L. 44. de solut. L. 25. Quando dies. L. 64. pr. ad S. C. Treb. L. 19. §. 4. de donat. Doch finden sich abweichende Ansichten in L. 41. de cond. ind. L. 1. C. de inutilib. stip. und L. 59. de O. et A. die aber theils von ältern Juristen herrühren, theils ziemlich unbestimmt reden.

(17) L. 34. de neg. gest. vgl. mit L. 6. pr. 3. §. 4. D. L. 2. C. eod. L. 5. pr. §. 1. h. t. L. 3. pr. Commod. L. 66. de solut. L. 13. §. 1. de dolo.

(18) L. 66. de solut.

(19) L. 37. pr. de neg. gest. L. 47. pr. §. 1. de solut.

III. Auch der Erwerb einer Erbschaft ist, abgesehen von dem Fall, wo der Pupill necessarius heres ist (20), ohne auctoritas tutoris unmöglich, weil die Antretung einer Erbschaft, selbst im Fall der Solvenz, doch allemal eine obligirende Handlung ist (21). Dies gilt nun sowohl von der cretio, aditio und pro herede gestio (22), als auch von der petitio bonorum possessionis (23) und der Annahme ex S. C. Trebelliano (24). Doch leidet dieser Satz bei der bonorum possessio wenigstens im spätern Recht insofern eine Ausnahme, als der Pupill, wenn der Prätor sein Alter kannte und ihm dessenungeachtet auf seine Postulation hin bonorum possessio ertheilte, auch ohne Auctoritas das prätorische Erbrecht erwerben soll (25).

IV. Auch Veräußerungen sind dem Pupillen unbedingt, also in größerer Ausdehnung wie den Frauen verboten.

Dies gilt schon von der Veräußerung des bloßen Besitzes, obgleich dieser kein Recht, sondern ein bloßes Factum mit rechtlichen Folgen ist (26). Tradirt er also einem Andern,

(20) L. 8. pr. de A. H. Augustin. de Trin. c. 13.

(21) L. 3. §. 3. Quib. ex caus. „etenim videtur impubes contrahere, cum adiit hereditatem."

(22) L. 8. pr. de A. vel O. H. (woselbst unter pupilla eine Frau unter Geschlechtstutel verstanden und am Schluß etiamsi sit solvendo gelesen werden muß). L. 9. §. 3. h. t. §. 1. J. h. t. (Theoph. ad h. l. und Augustin. emend. III. 7.) L. 17. §. 1. de app. — Daher auch das unbedingte beneficium abstinendi. L. 11. 12. 57. de A. H.

(23) L. 7. §. 1. de B. P. §. 1. J. h. t.

(24) L. 37. §. 2. 38. ad S. C. Treb. L. 9. §. 4. h. t. §. 1. J. h. t.

(25) L. 7. C. Qui admitti (a. 306.)

(26) Rudorff in der Zeitschr. für gesch. R. W. VII. 3. 3.

so verliert er zwar den Besitz und der Andere fängt ihn an, allein Erwerb und Verlust bilden keine Succession, so daß dem Erwerber die accessio possessionis des Pupillen niemals zu Statten kommt (27).

Um so mehr gilt aber unsere Regel von Eigenthumsübertragungen oder Bestellung von Servituten (28), selbst bei nec mancipi res (29). Daher kann der Pupill nichts verschenken, verkaufen (30), nicht manumittiren (31), kein Geld ausleihen oder auszahlen (32) u. s. w., sondern er behält in allen diesen Fällen sein Eigenthum und seine Vindication, wogegen aber auf der andern Seite der Empfänger des Geldes nicht eher mit der condictio indebiti oder aus dem Darlehn belangt werden kann, oder im Fall der Zahlung nicht eher seine Forderung verliert, als bis er durch Usucapion oder Consumtion einen unwiderruflichen Besitz des Geldes erworben hat.

Endlich gilt unser Satz auch von Obligationen und Actionen des Pupillen. Denn durch Acceptilation, Novation (33), Delegation (34), Litiscontestation (35), Ernennung

(27) L. 11. de A.R.D. v. Savigny's Besitz §. 32. n. 4. vgl. auch L. 5. pr. de O. N. N.

(28) Ulp. XI. 27.

(29) L. 10. pr. Quemadm. serv. am.

(30) L. 13. §. 2. de Publ. L. 27. de C. E. i. e. Vat. Fr. §. 1.

(31) L. 9. §. 1. h. t. §. 4. J. Qui et a quibus (Dirksen Vers. III. S. 114. Roßhirt Beitr. Heft I. S. 67.) §. 7. eod. L. 1. 24. de man. vind. L. 11. de fid. lib. Nov. 119. c. 2.

(32) Gaj. II. 82. §. 2. J. Quib. alien. L. 9. pr. §. 2. h. t. L. 14. §. 8. de solut. L. 29. 41. de cond. ind. L. 3. §. 2. ad S. C. Maced.

(33) L. 9. pr. 20. §. 1. de novat.

(34) L. 15. 66. de solut.

eines Procurators in rem alienam oder suam (36), Remission (37), Eidesdelation (38), ja selbst durch Annahme von Zahlung (39) consumirt er ipso jure seine Actionen nicht (40). Er kann also, ohne einer Restitution zu bedürfen, die alte Klage nochmals anstellen, und nur wenn er wirklich aus dem Geschäft reicher ist, z. B. wenn er das gezahlte Geld noch vorräthig liegen hat, wird ihm eine doli exceptio entgegenstehen (41).

3. Bei Minderjährigen.

§. 123.

Litteratur:

Marezoll in Linde's Zeitschr. für Civilrecht und Prozeß. Bd. II. S. 374—447.

Nach älterm Römischen Recht bekamen Männer sofort nach erreichter Pubertät eigene Auctoritas und beide Geschlechter unumschränkte Administration ihres Vermögens (1) und selbst die lex Plaetoria und die Einführung der Restitution und cura minorum änderten an diesem Grundsatze nicht di-

(35) L. 3. 6. Quod falso. L. 15. h. t. L. 1. C. qui leg. pers.

(36) Vat. Fr. §. 326. Eine Ernennung zum procurator in rem suam liegt unter Anderm in der Restitution der Erbschaftsklagen ex S. C. Trebelliano. L. 37. pr. §. 1. ad S. C. Treb.

(37) L. 7. pr. Quib. mod. pign. L. 28. pr. de pact. L. 2. C. h. t.

(38) L. 1. §. 1. Quor. rerum actio. L. 17. §. 1. 32. de jurejur.

(39) Cic. Top. c. 11. Gaj. II. 84. L. 15. de solut. L. 17. §. 3. de usur. §. 2. J. quib. alien.

(40) Zahlungen für Andere kann er natürlich annehmen. L. 11. 68. de solut. L. 209. de V. S.

(41) Gajus II. 84.

(1) Thl. I. S. 92. 93.

rect. Allein im spätern Recht haben sich neben der allgemeinen Regel vollständiger Handlungsfähigkeit einzelne wichtige Beschränkungen ausgebildet, so daß im Justinianischen Recht über die Geschäfte der Minorennen folgende Grundsätze gelten.

I. Die Fähigkeit zu feierlichen civilen Rechtsgeschäften ist den Minorennen im Ganzen geblieben, namentlich das Recht zu testiren (2). Nur die Arrogation ist seit Claudius ohne Einwilligung sämmtlicher Curatoren nicht mehr möglich (3).

II. Ebenso können alle Minderjährige sich civiliter obligiren. Das alte Civilrecht erkannte diesen Satz bei mündigen Männern ohne Einschränkung an und forderte nur noch bei Frauen zu Promissionen und Dotisdictionen Auctoritas des Geschlechtstutors. Die lex Plaetoria verbot zwar die Promissionen der Minderjährigen (4), aber offenbar nicht bei Strafe der Nichtigkeit, vielmehr bekam der Minderjährige nur das Recht, das Geschäft anzufechten und zwar ursprünglich, so lange es noch keine Exceptionen gab, durch eine sponsio praejudicialis (5), späterhin durch eine exceptio legis Plae-

(2) L. 14. de vulg. et pup. Eine Einschränkung der lex Aelia Sentia hob Justinian wieder auf. §. 4. 7. J. qui et a quib. Nov. 119. c. 2.

(3) L. 8. de adopt. L. 5. C. h. t. cf. L. 3. §. 6. de min.

(4) Priscian. lib. VIII. ed. Putsch. p. 794. Suetonius autem passive protulit in IV. Praet.: Laetoria, quae vetat minorem annis XXV *stipulari* ἐπερωτᾶσθαι. Idem lib. XVIII. ed. Putsch. p. 1164. Suetonius in IV. Praetorum: Minor XXV annorum stipulari non potest, passive dixit.

(5) Plaut. Rudens. V, 3., 22–26. Cedo quicum habeam judicem (*sc. sponsionis.*) „Ni dolo malo instipulatus sis, nive etiam dum siem Quinque et viginti annos natus?" cf. Raevard. Protrib. c. 10. F. G. C. Rost de usu vocularum *si* et *ni* in sponsionibus ad Plauti Rud. V. 3. 19–27. Lips. 1820. 4.

toriae (6), endlich durch prätorische Restitution (7). So besteht denn auch noch im Justinianischen Recht die allgemeine Regel, daß Promissionen und alle andre obligatorische Handlungen der Minorennen, und zwar seit Aufhebung der Geschlechtstutel selbst der weiblichen, ohne Einwilligung des Vaters oder des speciellen oder generellen Curators ipso jure verbindlich sind. Diese Regel enthalten folgende Stellen:

L. 101. de V. O. Puberes sine curatoribus suis possunt ex stipulatu obligari (8).

L. 43. de O. et A. (Paullus LXXII. ad ed. also von Stipulationen) Obligari potest paterfamilias, suae potestatis, *pubes*, compos mentis. *pupillus sine tutoris auctoritate non obligatur* jure civili, servus autem ex contractibus non obligatur (9).

L. 141. §. 2. de V. O. vgl. oben Thl. I. S. 171. (10)

Nur einer Ausnahme ist unsere Regel im Justinianischen Recht unterworfen. Zum Versprechen einer Dos bedürfen nämlich minderjährige Frauen die Einwilligung ihres generellen oder eines speciellen Curators, was man natürlich auch

(6) L. 7. §. 1. de except. L. 13. §. 27—29. de A. E. V. vgl. die sehr guten Bemerkungen in Burchardis Lehre v. d. Wiedereinf. S. 205 ff. Vielleicht war diese exceptio eine praescriptio cf. Modestin lib. 4. de praescriptionibus. L. 101. de V. O.

(7) L. 7. pr. §. 1. L. 16. pr. L. 27. §. 1. de min. L. 1. 2. C. si adv. cred.

(8) Ueber die vielen schlechten Conjecturen vgl. Glück Pand. IV. S. 75 ff.

(9) Cujac. Obss. XIX. 33. Marezoll a. a. O. S. 385. 386.

(10) vgl. auch L. 3. §. 4. de min. C. II. 23. de filio familias minore.

auf die donatio propter nuptias minderjähriger Männer ausgedehnt hat (vgl. §. 121.).

III. Wie die Fähigkeit sich zu obligiren ist auch das Recht Erbschaften anzutreten oder bonorum possessio zu suchen, sowohl dem filius- als pater-familias minor ungeschmälert geblieben (11).

IV. In Rücksicht der Veräußerungen von Sachen ist die Frage nach dem Consense des Curators von der nach dem obrigkeitlichen Decret auf den Grund der Oratio Severi und der spätern Constitutionen, welche erst weiter unten erörtert werden kann, sorgfältig abzusondern. — In Ansehung der ersten müssen verschiedene Geschäfte des Minorennen unterschieden werden:

A. Bei dem Verkauf der Sachen des Minorennen ebenso bei Schenkungen, kommt es allein darauf an, ob er sich einen curator omnium bonorum erbeten hat, oder nicht. Im ersten Fall liegt in der Anstellung, d. h. in der Uebertragung der Administration und Alienation an den erstern, zugleich eine Interdiction für den Minorennen selbst und jeder Verkauf von Sachen ohne Consens des Curators ist ohne Restitution schon von selbst null und nichtig. Auch galt dies schon nach älterm Recht selbst von beweglichen Sachen, da das Verbot von der Oratio Severi ganz unabhängig war. Lebte hingegen der Minderjährige factisch ohne Curator, so behielt er die vollständige Veräußerungsbefugniß und konnte

(11) L. 12. C. de jure delib. L. 8. pr. C. de bon. quae lib. C. II. 39. 40. Die Erwähnung des Consenses in L. 26. C. de adm. beruht offenbar auf einer Gedankenlosigkeit.

demnach einen ohne Consens eines Curators abgeschlossenen Verkauf nur auf dem Wege der Restitution anfechten. Die Erbittung eines Specialcurators würde sogar in diesem Fall gar nicht einmal zulässig sein. Dies ist der Sinn der

L. 3. C. de in int. rest. min. (12). (Impp. Diocleт. et Max. A. A. et C. C. Attiano) Si curatorem habens minor quinque et viginti annis post pupillarem aetatem res vendidisti, hunc contractum servari non oportet: cum non absimilis ei habeatur minor curatorem habens, cui a Praetore, curatore dato, bonis interdictum est. Si vero sine curatore constitutus contractum fecisti: implorare in integrum restitutionem, si necdum tempora praefinita excesserint, causa cognita non prohiberis (Dat. 14. cal. Maji Heracliae A. A. Coss. 293.).

Ganz dieselben Grundsätze gelten auch bei Schenkungen(13). Inwiefern der ohne Curator lebende Minorenne seit der Oratio Severi und spätern Grundsätzen in beiden Fällen an obervormundschaftlichen Consens gebunden ist, wird unten bestimmt werden.

B. Noch strenger ist der Consens des Curators bei Bestellung (datio) einer Dos oder donatio propter nuptias erforderlich. Zu diesen Geschäften müssen sich nämlich sogar diejenigen Minderjährigen, welche ohne Curator leben, einen Specialcurator erbitten (14).

(12) vgl. Basil. Tom. I. p. 635. cf. L. 1. C. si adv. vend.

(13) L. 1. 2. C. si adv. don.

(14) L. 22. C. de adm. inter.

C. Dagegen zu Restitutionen von Erbschaften bedarf der Minderjährige, auch wenn er unter einem generellen Curator steht, die Einwilligung dieses Curators sowenig, daß er sogar dem Curator selbst die Erbschaft restituiren kann (15). Dasselbe scheint auch von andern Zahlungen des Minorennen zu gelten (16).

V. Ueber seine **Obligationen** und **Actionen** steht dem Minderjährigen in der Regel ganz freie Disposition zu. Er kann sie cediren (17), noviren (18), remittiren (19), sich deshalb vergleichen (20), Eide darüber zuschieben (21), ohne dabei eines Curators zu bedürfen. Sogar Zahlungen kann er ohne Consens des Curators mit der Wirkung annehmen, daß der Debitor ipso jure liberirt wird (22). Nur seinen Schuldnern ist, um der möglichen Restitution willen, gestattet, das Geld zu deponiren oder die Zahlung zu verweigern, bis er sich einen Curator erbittet, an welchen sie dann ohne Gefahr drr Restitution zahlen können. Eine bloße Anwendung dieses

polirt aus: L. 28. C. de jure dot. (Imp. Zeno Aeliano P. P. Dat. Cal. Jan. Basilio Cos. 480., also im Zusammenhange mit L. 9. C. de in int. rest. und L. 6. C. de mag. conv.) L. 3. C. si major factus.

(15) L. 1. §. 13. 14. ad S. C. Treb.... est decretum a D. Severo: non posse (pupillum) tutori se auctore restituere hereditatem, quia in rem suam auctor esse non potest. Curatori tamen adulescentis ab adulescente poterit restitui hereditas, quoniam necessaria non est auctoritas ad restitutionem.

(16) L. 3. §. 2. de S. C. Maced. L. 2. C. si adv. solutionem a tutore vel *a se* factam.

(17) Vat. Fr. §. 326.

(18) L. 9. pr. de novat.

(19) L. 1. C. si adv. vend.

(20) L. 96. §. 1. de solut. L. 1. 2. C. si adv. transact.

(21) L. 9. §. 4. de jurej. L. 4. pr. de in lit. jur.

(22) L. 7. §. 2. de min.

dieses Grundsatzes ist es, daß auch der abgehende Tutor dem Minderjährigen die restitutio tutelae verweigern kann, bis er einen generellen oder wenigstens einen Specialcurator zu diesem Act hat (23), welchen ihm der Tutor nach einer Constitution Gordian's im Nothfall selbst erbitten darf. Doch bedarf es dieses Curators nicht, wenn die obervormundschaftliche Behörde durch ein Decret die Zahlung an den Minderjährigen selbst gestattet (24).

VI. In späterer Zeit ist dem Minderjährigen auch die legitima persona standi in judiciis abgesprochen worden. Zuerst ist dieses in Civilsachen geschehen (25), Justinian hat das Verbot auch auf Criminalklagen ausgedehnt (26). Dasselbe gilt von Appellationen (27). Hat der Minderjährige also ohne Beistand prozessirt, so wird die actio judicati und exceptio rei judicatae zwar ihm selbst, aber nicht seinem Gegner gegeben (28). Als in späterer Zeit das Institut der Prozeßdenunciationen aufkam oder der Prozeß mit der Edition eines kaiserlichen Rescripts eingeleitet wurde, dehnten die christlichen Kaiser die prozessualische Unfähigkeit der Minorennen auch hierauf aus, indem sie verordneten, daß Minorenne die

(23) L. 5. §. 5. de adm. L. 7. C. qui petant.

(24) Thl. I. S. 107. 413.

(25) L. 1. 2. C. qui leg. pers. L. 7. C. ad L. Jul. de adult. L. 1. C. in quib. caus. in int. rest.

(26) L. 4. C. h. t. (§. 31) „quum cautius et melius sit cum suasione perfectissima et responsa facere minores litemque inferre, ne ex sua imperitia vel juvenili calore aliquid vel dicant vel faciant, quod si fuisset prolatum vel non expressum prodesse eis poterat."

(27) L. 6. C. Quomodo et quando. L. 10. C. de app.

(28) L. 11. 13. 14. C. de proc.

Denunciation weder vornehmen, noch annehmen, ja sogar daß sie einen Prozeß, in welchem der Tutor die Denunciation bereits gültig angenommen hatte, während dessen Dauer sie aber mündig geworden waren, nicht wirksam fortsetzen könnten; jedoch mit Ausnahme der momenti actio, welche der Minderjährige wenigstens anstellen darf, wenn er gleich keine Denunciation derselben annehmen kann (29). In den Justinianischen Rechtsbüchern sind die Denunciationen verschwunden und sonach die in dieselben aufgenommenen Stellen des Theodosischen Codex von der gewöhnlichen Eröffnung und Führung des Prozesses nach Justinianischem Prozeßrecht (30) zu deuten, obgleich die ursprünglichen Ausdrücke aus Versehen in der Compilation beibehalten worden sind (31). — Hiernach bedarf denn der Minderjährige zu einer auch gegen ihn wirksamen Prozeßführung nothwendig der Assistenz eines Curators und deßhalb mußte seinem Gegner, welcher eben dabei interessirt ist, daß die Prozeßführung gegen ihn wirken möge, auch nothwendig die Befugniß eingeräumt werden, ihm einen Prozeßcurator zu erbitten, wenn er selbst damit zögert (32). Nur die erlangte venia aetatis macht auch

(29) L. 1. C. Th. de denunt. vel ed. rescr. (Constantin. 319.) L. 4. C. Th. eod. (Valent. Theodos und Arcadius 385.) verb. „inter justas videlicet legitimasque personas." L. 1. C. Theod. de tut. (Constantin 319.) L. 6. C. Th unde vi (zusammenhängend mit L 3. C Th. de in int. rest. (Honorius und Theod. 414.) also auf mulieres und minores gehend.)

(30) Zimmern Rechtsgesch. III. §. 144.

(31) L. 2. C. si unus ex plur. L. 11. C. qui dare L. 3. C. qui leg. pers.

(32) L. 2. C. qui leg. pers.

dieser prozessualischen Unfähigkeit ein Ende, so daß der adultus nun den angefangenen Prozeß allein zu Ende führen kann (33).

Die im Bisherigen entwickelten Römischen Grundsätze über die Handlungsfähigkeit der Unmündigen und Minderjährigen dürften nun aber auch noch heutzutage als gemeinrechtlich zu betrachten sein. Denn daraus, daß das ältere Recht der Mündigen, sich willkührlich Vormünder zu kiesen, untergegangen ist, folgt nur, daß bei uns alle Minderjährigen denjenigen Römischen Minorennen, welche Curatoren hatten, nicht aber, daß sie den Unmündigen gleich zu achten sind (34). Allein sehr häufig haben besondere Gesetze entweder aus Mißverständniß des Römischen Rechts, oder indem sie den Unterschied zwischen Unmündigen und Minderjährigen wirklich aufheben, in Rücksicht der Handlungsfähigkeit die Letztern den Erstern gleich gestellt (35). Doch machen auch in solchen Gesetzen letzte Willen (36), Verträge über persönliche Leistungen des Minorennen (37) und Geschäfte, welche auf die Kunst, Wissenschaft oder das Gewerbe desselben Bezug haben (38), gewöhnlich eine Ausnahme. Auch liegt es in der

§. 2. J. de curat. L. 1. C. qui petant. vgl. L. 2. C. si tutor interv. Thl. I. S. 413.

(33) L. 4. C. Th. de denunt. vel edit. und die Interpretatio zu dieser Stelle. L. 1. C. Th. de tut. L. 11. C. qui dare. L. 10. C. de app.

(34) R.P.O. 1577, 32.1. Glück Pand. IV. S. 83—86. Eichhorn's deutsches Privatrecht §. 319.

(35) Preuß. Landr. I. 5. §. 14. II. 8. §. 247. Oesterr. Gesetzb. §. 243. 244.

(36) Preuß. Landr. I. 12. §. 16 17.

(37) Oesterr. Gesetzb. §. 244 246. Abweichend ist das Preuß. Landr. II. 5. §. 8.

(38) Preuß. Landr. II. 5. §. 20. 21.

Natur der Sache, daß der Pflegbefohlene über das von dem Vormunde ihm ausgesetzte Taschengeld verfügen kann (39).

C. Erfordernisse der Einwilligung.

1. In Rücksicht des Vormundes.

§. 124.

Quelle:

D. XXVII. 6. Quod falso tutore auctore gestum esse dicatur.

Bearbeitung:

Neustetel: Unterschied zwischen Protutor und Procurator und falsus tutor. (Archiv für civ. Pr. I. N. XVIII. S. 246—252.)

Damit nun aber ein an sich unwirksames Geschäft des Pflegbefohlenen durch vormundschaftliche Genehmigung gültig werden könne, müssen mehrere Erfordernisse zusammen kommen, welche theils den Vormund, theils den Inhalt des Geschäfts, theils die Form der Genehmigung betreffen (1). In Rücksicht des Vormundes enthält das Römische Recht folgende Grundsätze:

I. Der Einwilligende muß der echte Vormund (verus tutor) dieses Pflegbefohlenen sein. Falsus tutor ist nämlich Jeder, welcher juristisch nicht Tutor dieses Pflegbefohlenen

(39) Glück Pand. VI. S. 7. (1) L. 2. de auct. tut.

ist, gleichviel ob er seine Unzuständigkeit kennt oder nicht (2). Die Auctoritas eines solchen Beistandes, z. B. nach Römischem Recht auch die des Vaters (3), ist natürlich juristisch gar nicht vorhanden und das Geschäft bleibt so ungültig, als ob es selbst factisch ohne Tutor geschlossen wäre. Damit aber der unschuldige dritte Contrahent, welcher den Beistand des Pflegbefohlenen für dessen echten Tutor hält, auf diese Weise nicht gefährdet werde, hat das prätorische Edict diesem zwei Rechtsmittel, eine Restitution und eine Klage wegen Dolus gegeben, welche im Edict im Titel von den Restitutionen standen (4), von den Compilatoren aber zur Lehre von der Vormundschaft gestellt sind. Die hierher gehörenden beiden Clauseln des Edicts lauten etwa folgendermaßen:

A. Quod eo auctore, qui tutor non fuerit, gestum esse dicetur, si id actor ignoravit, dabo in integrum restitutionem (5).

Schon der Ausdruck actor zeigt, daß von einem Prozeß mit einem Pupillen oder einem legitimum judicium mit einer Frau die Rede ist, welchen diese unter Auctoritas eines Nichttutors, d. h. also juristisch ohne Auctoritas geführt haben.

(2) L. 221. de V. S. Paullus respondit, falsum tutorem eum vere dici, *qui tutor non est*, sive habenti tutor datus est, sive non: sicut falsum testamentum, quod testamentum non est: et modius iniquus, qui modius non est. L. 1. §. 1. h. t. Vat. Fr. §. 1.

(3) Thl. I. S. 170. 171.

(4) Ulp. lib. 12. Paull. lib. 12. ad ed. Gaj. lib. 4. ad ed. prov.

(5) L. 1. §. 1. h. t. Keller über Litiscontestation und Urtheil. §. 68.

Der Erfolg dieses Prozesses ist nach strengem Recht der, daß die Frau oder der Pupill das Judicium juristisch gar nicht angenommen haben, mithin auch durch die später erfolgte Condemnation keine actio judicati gegen sie entstanden ist, während andrerseits der mündige und großjährige oder doch gehörig verbeiständete Kläger gültig litem contestirt und daher seinerseits seine Klage in's Judicium deducirt hat, so daß er also weder aus dem jetzigen für ihn günstigen Urtheil die actio judicati anzustellen befugt ist, noch auch zum zweiten Mal klagen kann, indem durch den jetzigen Prozeß seine Klage direct oder indirect consumirt worden ist. Ueber das Drückende dieses Hergangs kann sich der Kläger nicht beschweren, wenn er durch seine eigene Unvorsichtigkeit oder Rechtsunwissenheit ihn selbst veranlaßt hat, d. h. wenn er mit dem Pupillen oder der Frau litem contestirte, ohne daß dabei überall ein Tutor zugezogen wurde, oder wenn er wußte, daß die Person, welche dabei auctorirte, gar nicht der rechte Vormund war; es müßten ihm denn ganz besondere Entschuldigungsgründe zur Seite stehen, er müßte z. B. vom Prätor gezwungen worden sein, litem zu contestiren, oder selbst Pupill, oder minderjährig gewesen sein (7). Hingegen sobald er aus entschuldbarem Irrthum (8) die Person, welche dem Pupillen oder der Frau Beistand leistete, für den wahren Tutor gehalten hat, setzt ihn der Prätor in den vorigen Stand wieder ein, indem er bei directer Consumtion die frühere Klage

(6) L. 3. h. t.

(7) L. 5. 6. h. t.

(8) Paull. 1. 7. §. 2. L. 2. de in int. rest. Burchardi v. d. Wiedereinsetzung. S. 383 ff.

als utilis wieder giebt, bei indirecter aber die exceptio rei judicatae denegirt (9). Ist jedoch neben dem falschen Vormunde ein echter zugegen gewesen, oder hat die Obervormundschaft die Geschäftsführung des falsus tutor, der zugleich die Administration führte, hinterher genehmigt, so bedarf es dieser Restitution natürlich nicht (10). Dagegen ist sie analogisch auch auf den verus tutor ausgedehnt worden, dessen Auctoritas wegen Wahnsinns u. s. w. nichtig war (11).

B. In eum, qui, quum tutor non esset, dolo malo auctor factus esse dicetur, judicium dabo, ut, quanti ea res erit, tantam pecuniam condemnetur.

Dieses Judicium enthält eine Anwendung der Grundsätze des prätorischen Rechts über Dolus auf ein besondere Form des Dolus, nämlich eine dolose Auctoritas. Die Formel war in factum concipirt und muß daher etwa folgendermaßen gelautet haben: Si paret, Num. Num., quum tutor non esset, dolo malo auctorem in illo negotio factum esse, quanti ea res erit, tantam pecuniam judex Num. Num. Ao. Ao. condemnato: si non paret, absolvito.

Kläger in dieser Klage ist also der Gegner des Pfleglings; **Beklagter** hingegen der wissentliche und dolose Auctor. Doch wird sie gegen diesen selbst nur ein Jahr lang, gegen seine Erben gar nicht, gegen seinen Herrn oder Vater aber als Noxalklage gegeben (12). Sind der Beklag-

(9) L. 1. §. 1—3. h. t. Keller a. a. O. §. 68.

(10) L. 1. §. 3—5. h. t.

(11) L. 1. §. 1. 2. h. t.

(12) L. 9. §. 1. h. t.

ten Mehrere, so werden die übrigen, da die Klage auf das wirkliche Interesse geht, nicht durch die Auswahl des Einen, sondern erst durch die wirkliche Leistung, so weit diese reicht, liberirt (13).

Der Intentio N. N., quum tutor non esset, dolo malo auctorem factum esse gemäß, muß also der Kläger zunächst behaupten und beweisen, daß der Beklagte bei einem bestimmten Rechtsgeschäfte zwischen dem Kläger und dem Pupillen oder der Frau, von welchen die Rede ist, Auctoritas ertheilt habe, ohne Vormund zu sein, weil z. B. die Frau noch kein liberum caput war, sondern vielmehr noch in irgend einer potestas stand, also gar keinen Vormund haben konnte (14). Ferner muß bewiesen werden, daß er dieses gethan habe mit dem bestimmten Bewußtsein, er sei der rechte Tutor nicht, könne es vielleicht gar nicht einmal sein. Endlich daß er auctorirt habe in der Absicht, den Kläger dadurch zu betrügen und zu beschädigen (15).

Die Condemnatio lautet auf den wirklichen Betrag des jedesmaligen Schadens (rei veritas) (16), so daß die Summe in verschiedenen Fällen sehr ungleich seyn kann.

Zwei interessante Anwendungen enthalten folgende Stellen:

1) L. 10. h. t. Gaj. lib. 4. ad ed. prov. Si falso tutore auctore actum (17) sit, et interea dies actionis

(13) L. 7. §. 4. L. 8. h. t.
(14) L. 11. §. 2—4. h. t.
(15) L. 11. §. 1. h. t.
(16) L. 7. §. 2. h. t.
(17) In der Flor. fehlt auctore offenbar aus Versehen. Haloander's Vorschlag: Si cum falso tutore actum sit, verräth seine Unbekanntschaft mit dem Wesen der Vertretung im alten Prozeß.

exierit, aut res usucapta sit, omnia incommoda perinde sustinere debet, ac si illo tempore vero tutore auctore egisset.

Unter den verschiedenen Erklärungen kommen besonders zwei in Betracht. Die eine findet sich in den Basiliken, bei Cujacius und A. Faber (18). Nach dieser muß der Fall so gedacht werden. Jemand hat eine Vindication oder eine Temporalklage gegen einen Pupillen. Er contestirt darüber litem mit dem Pupillen selbst, jedoch unter dem Beistande eines falschen Vormundes. Nach der Litiscontestation, aber während der Verhandlungen vor dem Judex (interea) erlischt die Klage durch Ablauf des annus oder der Usucapion. Dieser Schaden würde dem Kläger völlig gleichgültig sein können, wenn der Pupill durch die Litiscontestation ihm obligirt wäre, denn alsdann müßte er ihm das ersessene Eigenthum zurückmancipiren und deshalb de dolo caviren (19), und die Temporalklage wäre perpetuirt. Nun aber ist der Pupill gar nicht obligirt, weil die gültige Auctoritas ganz gefehlt hat. Da aber der falsus tutor allein dem Kläger diesen Schaden zugefügt hat, so wird er ihn auch entschädigen müssen, indem er allen Nachtheil tragen muß, (sustinere debet) der vermieden worden wäre, wenn damals (illo tempore sc. litis contestatae) der Pupill von seinem rechten Tutor verbeiständet gewesen wäre. — Eine zweite Erklärung die sich in der Glosse findet, lautet mit einigen

(18) Basil. V. lib. XXXVIII. t. 6, c. 8. p. 98. Cujac. ad h. t. (Opp. T. II. p. 578.) A. Faber Jurispr. Pap. Scient. t. XII. pr. VIII. Illat. 32. p. 975.

(19) L. 18. de R. V.

Modificationen also: Jemand klagt gegen einen Pupillen falso tutore auctore. Während der Verhandlungen in jure, noch ehe die Sache in's Judicium kommt (interea), verjährt ihm die Klage. Der Judex überzeugt sich nachher von diesem Hergang und absolvirt den Pupillen. Nun will sich der Kläger an dem falsus tutor erholen. Offenbar kann er dies nicht, vielmehr muß er, der Kläger, allen Schaden eben so gut tragen (sustinere debet), als wenn er damals (illo tempore, d. h. als die Klage bereits verjährt war) mit einem verus tutor verhandelt hätte, weil nämlich der Grund seines Schadens gar nicht in der ungültigen Auctoritas des falsus tutor, sondern in dem anderweiten Verlust seiner Klage durch Verjährung liegt. Diese letztere Erklärung scheint wegen der ungezwungenern Auslegung der Schlußworte den Vorzug zu verdienen.

2) L. 7. §. 3. h. t. Ulp. lib. 12. ad ed. Pomponius libro XXX. recte scribit, etiam sumptuum in hoc judicio rationem haberi, quos facturus est actor restitutorio agendo.

Der Fall dieser Stelle muß so gedacht werden. Jemand klagt gegen einen Pupillen falso tutore auctore, erwirbt also nicht actio judicati gegen denselben, weil die Litiscontestation nicht gültig war. Er könnte also den Auctor auf den Werth der ganzen Actio verklagen wollen. Allein dieses würde zu hart sein, denn da dem Kläger, wenn er, nicht wissend, daß der Tutor nicht der rechte war, sich mit dem Pupillen einließ, diese Actio restituirt wird, so wird das Interesse desselben, d. h. das Object unserer actio in factum nur in den

Kosten bestehen, welche er auf die Restitution und den zweiten Prozeß verwenden muß (20).

Das bisher dargestellte Recht unserer actio in factum ist noch auf einige analoge Fälle angewendet worden.

1) Wenn der Nichttutor zwar nicht selbst auctorirt, aber einen dritten wissentlich und arglistig zum Auctoriren beredet hat, so muß gegen den erstern eine actio in factum gegeben werden, sobald der eigentliche auctor in bona fide war, denn sonst würde die directe actio gegen diesen ausreichen (21).

2) Aehnliche Grundsätze gelten im Fall der:

> L. 12. h. t. Ex eo quod interrogatus tutorem se esse respondit, nulla eum actione teneri. Si tamen, quum tutor non esset, responso suo in aliquam captionem adolescentem induxit, utilem actionem adversus eum dandam.

welcher etwa so zu denken ist. Ein Adolescens will seinen gewesenen Tutor tutelae belangen. Er fragt eine Person, welche er für denselben hält, ob sie wirklich der rechte Tutor sei und diese bejaht es. Während des Prozesses, den der Minorenne auf den Grund dieser Antwort anfängt, überzeugt er sich von der Unrichtigkeit derselben. Mittlerweile ist aber der wirkliche Tutor insolvent geworden. Man könnte hier gegen den falsus tutor eine confessoria actio geben wollen. Aber vielleicht erfolgte die interrogatio nicht in jure, auch

(20) .... ἃ μέλλει ποιεῖν ὁ δικασάμενος ἤδη, κινῶν ῥεϛιτουτώριως ἣν ἐκίνησε πρότερον ἀγωγήν. Basil. V. p. 101. Schol. n.

(21) L. 9. pr. h. t.

war eine solche in einem Fall wie dieser, wo sie nicht der Passivlegitimation wegen geschieht, nicht einmal statthaft. Weil aber der Kläger durch das Responsum eben so sehr decipirt ist, wie er es durch eine Auctoritas sein würde, so wird eine utilis actio gegen den falsus tutor nach dem Muster der obigen gegeben werden müssen. Die Abweichung dabei besteht also nicht darin, daß die Klage hier dem Pupillen selbst gegeben würde (22), denn es ist vom Adolescens die Rede und dieser ist in der That ein Dritter, sondern vielmehr darin, daß sie nicht propter auctoritatem, sondern propter responsum gegeben wird.

3) Seitdem sich der Consensus Curatoris ausgebildet hat, muß eine unserer Klage ähnliche in factum actio gewiß auch gegen den falsus curator ausgedehnt werden, der wissentlich und doloser Weise zu einem Geschäft des Minorennen consentirt hat, so wie auch die Restitution in diesem Fall dem Dritten zu bewilligen sein dürfte, obgleich in den Quellen von dieser Ausdehnung nicht ausdrücklich die Rede ist (23).

4) Wenn ein Vater seine noch nicht mannbare Tochter zu früh verheirathet, so kann er zwar deshalb mit unserer Klage nicht verklagt werden, weil es an einer bösen Absicht und am pecuniären Interesse fehlen wird. Aber wenn der Mann dadurch Schaden an der Dos leidet, die er lucrirt haben würde, wenn die Frau als seine justa uxor verstorben wäre, so kann er gegen die condictio, womit der Vater das

(22) so Glück XXXII. S. 364 — 366.

(23) Neustetel im Archiv für civilist. Praxis. Bd. 1. S. 251 ff.

Gegebene zurückfordert, doli exceptio opponiren, sofern demselben ein doloses Verfahren vorgeworfen werden kann (24).

II. Hiernächst muß aber der Vormund, wenigstens um dem Pflegbefohlenen in allen seinen Angelegenheiten rechtlichen Beistand leisten zu können, auch ein genereller (tutor s. curator generalis, s. personae datus) sein; ein Specialvormund (tutor s. curator specialis, certae rei vel causae datus) kann nur in der Sache, für welche er bestimmt ist, gültig auctoriren oder consentiren (25).

III. Sind mehrere generelle Vormünder vorhanden, so muß in Rücksicht des Beitritts zu Rechtsgeschäften folgendermaßen unterschieden werden.

A. Ist das officium noch ungetheilt (wie es bei Geschlechtstutoren immer der Fall ist, da hier keine Anordnungen über die Administration vorkommen), so unterscheidet das ältere Recht weiter zwischen testamentarischen, oder obrigkeitlichen nach vorgängiger Untersuchung bestellten Tutoren auf der einen und zwischen gesetzlichen oder ohne Untersuchung ernannten Tutoren auf der andern Seite. Bei jenen reichte die Auctoritas eines Einzigen zur Bekräftigung eines Geschäfts vollkommen hin, bei diesen konnte es nur durch den Beitritt Aller Gültigkeit erlangen (26), weil in den Händen der nächsten Erben die Auctoritas den Character eines Einspruchsrechts gegen die Verletzungen der Successionsrechte jedes Ein-

(24) L. 11. §. 3. 4. h. t.

(25) L. 3. C. de in lit. dand. Thl. I. §. 54. 55. II. §. 118.

(26) Cic. pro Flacc. c. 34. Ulp. XI. 26. L. 5. C. de auct. praest.

zelnen annahm (27), bei simpliciter datis hingegen die Controlle der Uebrigen den Mangel der Inquisition unschädlich machen sollte. Justinian, in dessen Compilation die Tutel nicht mehr als ein Recht der nächsten Erben betrachtet wird, hat consequent den Grundsatz der testamentarischen Tutel, daß die Auctoritas eines einzigen Tutors ausreiche, zur allgemeinen Regel aller Vormundschaften erhoben; nur bei Geschäften, welche die Aufhebung der Vormundschaft zur Folge haben, z. B. bei Arrogationen des Pfleglings, soll durchgehends die Auctoritas oder der Consens sämmtlicher Tutoren oder Curatoren erforderlich sein (28).

B. Wenn bei der Pupillentutel die Administration einem der mehrern Vormünder ausschließlich übertragen wird, so geht auch die Auctoritas, inwieweit sie bloße Form der Administration ist, auf ihn allein über. Die übrigen nicht gerirenden oder Ehren-Vormünder haben daher das Recht zu auctoriren in dieser Beziehung verloren. Hierher gehören folgende, sich scheinbar widersprechende Stellen:

L. 4. de auct. Pompon. lib. 17. ad Sab. Etsi pluribus *datis* tutoribus unius auctoritas sufficiat, tamen si tutor auctoretur, cui administratio tutelae concessa non est, id ratum a Praetore haberi non debet. Et ideo puto verius esse quod Ofilio placebat, si eo tutore auctore, qui tutelam non gerat,

(27) Gaj. I. 192. L. 1. de leg. tut. arg. L. 7. §. 3. de cur. fur.

(28) L. 5. C. de auct. praest. (531). Indeß sind die Spuren des alten Unterschiedes nicht überall sorgfältig verwischt. vgl. L. 4. 5. pr. 7. §. 1. de auct. tut.

emam a pupillo, sciens alium ejus tutelam gerere, dominum me non posse fieri. Item si eo auctore emam, qui a tutela fuerit remotus: nec enim id ratum haberi.

L. 49. de adquir. hered. (Africanus lib. 4 Quaest.) Pupillum etiam eo tutore auctore, qui tutelam non gerat, hereditatem adeundo obligari ait.

Viele Juristen nehmen einen unauflöslichen Widerspruch zwischen beiden Stellen an, z. B. Duarenus, Glück und Zimmern (29), Andere suchen sie zu vereinigen, indem sie entweder zwischen tutores honorarii und remoti (30), oder zwischen auctoritas und gestio (31), oder endlich zwischen Verkauf und Erbschaftsantretung unterscheiden (32). Die letztere Erklärung dürfte die befriedigendste sein. Einem tutor honorarius ist nämlich die eigentliche administratio rerum und daher auch die Alienation der Sachen seines Pfleglings allerdings entzogen und zu einem Verkauf kann er daher nicht auctoriren; im Uebrigen aber ist er ein wahrer Tutor, und seine Auctoritas zu Handlungen, die keinen Eingriff in das dem gerens untergebene Vermögen enthalten, z. B. zu Erbschaftsantretungen und Annahme von Zahlungen völlig unbedenklich (33). Kann ja doch auch der Prodigus und Minor, welchem die

(29) Glück Pand. XXIX. S. 188. 189.

(30) Glossa ad L. 4. h. t. Expone hic „non est concessa" i. e. est denegata a judice vel a testatore. v. Löhr Mag. III. S. 29. N. 2.

(31) Zöpfl Vergleichung der röm. Tutel u. s. w. §. 7. 8. Dagegen Glück Pand. XXXIII. S. 101 ff.

(32) Cujac. ad African. Tr. IV. ad L. 49. de A. vel O. H. Opp. prior. Tom. I. p. 1355.

(33) Oben §. 109. S. 239.

Veräußerung seiner Sachen untersagt ist, Erbschaften gültig antreten (34).

C. Wenn die Tutel nach Regionen oder Geschäftszweigen vertheilt ist, so ist zwar die Auctoritas des Tutors ordentlicher Weise auf die Angelegenheiten seines Ressorts beschränkt, indeß hat er, da das jus tutelae unvertheilt geblieben ist, in dem fremden die Rechte eines Ehrenvormundes (35).

IV. Wenn dem Tutor aber auch das Recht der Tutel allein zusteht, die Ausübung desselben aber durch Interdiction und Excusation unmöglich ist, so fällt auch das Recht zu auctoriren hinweg (36).

2. In Rücksicht des Geschäfts.

§. 125.

Nächst der subjectiven Berechtigung des auctorirenden Vormundes sind folgende objective Requisite in Rücksicht des Geschäfts zu erwägen:

I. Es ist allgemeine Regel: Nullum negotium inter tutorem et pupillum vel mulierem contrahitur (1) oder häufiger: Ipse tutor in rem suam auctor fieri non potest (2), das heißt das Geschäft, zu welchem der Tutor auctorirte, darf

(34) Thl. I. S. 140. II. S. 286.

(35) L. 5. C. de auct. praest. L. 1. §. 2. quod falso. L. 39. §. 3. de adm.

(36) L. 14. §. 1. 2. de solut.

(1) §. 2. J. de O. quae quasi ex contr.

(2) Gaj. 1. 184. §. 3. J. h. t. L. 1. §. 13. ad S. C. Treb. Ulp. XI. 24. L. 5. pr. §. 8. 7. pr. 22. h. t. L. 1. pr. de contr. tut.

darf nicht das eigene des Tutors sein. Das eigene Geschäft des Tutors wird es indessen keineswegs schon dadurch, daß es demselben mittelbar und blos folgeweise rechtliche Vortheile schafft (3). Daher ist die Auctoritas, welche der Tutor dem Pflegbefohlenen zur Antretung der Erbschaft seines (des Tutors) Schuldners ertheilt, unbedenklich gültig, obgleich sie die Folge hat, daß der Pflegbefohlene dem Tutor durch diese Antretung obligirt wird (4). Noch weniger ist es das eigene Geschäft des Tutors, wenn dieser blos als unbetheiligter Dritter (z. B. bei einer legis actio des Pupillen oder der Frau als Praetor) dabei concurrirt; seine auctoritas zur Manumission ist daher völlig gültig, wenn er gleich die Addiction ebenfalls ausspricht (5). Vielmehr ist das Geschäft erst dann das eigene des Tutors, wenn dieser selbst in demselben der Gegner oder der andere Contrahent ist. Somit würde es also eine res tutoris sein, wenn der Tutor eine Sache des Pupillen kaufte (6), oder bei dem Testament der pflegbefohlenen Frau als familiae emptor fungirte, oder sich eine fideicommissarische Erbschaft vom Pupillen restituiren ließe (7), oder demselben Geld creditiren oder zahlen, oder von ihm leihen (8), oder sich von dem Mündel etwas promittiren lassen (9),

(3) L. 7. pr. h. t.

(4) L. 1. pr. h. t. „prima enim ratio auctoritatis est, ut heres fiat; per consequentias contingit, ut debitum subeat."

(5) L. 1. de man. vind.

(6) L. 5. §. 2. h. t.

(7) L. 1. §. 13. ad S. C. Treb. (decretum D. Severi).

(8) L. 5. pr. eod.

(9) L. 69. de fidejuss., in welcher Stelle jedoch statt fidejussor ursprünglich sponsor oder fidepromissor und statt mandati depensi actionem gestanden haben muß,

oder einen Prozeß (gleichviel in welcher Form) mit dem Pflegling führen und bei allen diesen Geschäften selbst Auctor des contrahirenden oder prozessirenden Mündels werden wollte. Nicht minder ist aber das Geschäft res tutoris, bei welchem zwar nicht der Tutor selbst, aber eine domestica persona, (z. B. eine Person in potestate, manu, mancipioque des Tutors, oder der Hausvater desselben, gewiß auch ein Bruder aus demselben Hause, als Gegenparthei oder Contrahent dem Pflegbefohlenen gegenübersteht:) denn in den ersten Fällen wird ja dem Tutor selbst geradezu erworben, in den letzten Fällen zwar nicht ihm selbst, aber doch demselben Vermögen, derselben familia, zu welcher er gehört. Es gilt sonach die Regel, daß der Tutor auch in rem servi, filii, mancipati u. s. w. und in rem patris und fratris nicht Auctor werden kann (10). Eine practische Anwendung des ersten Theils dieser Regel ist folgende. Wenn der Tutor gemeinschaftlich mit einem Dritten einen Sclaven besitzt, die Frau, über welche er Tutor ist, diesem Sclaven ein Grundstück mancipirt, und der Tutor zu dieser Mancipation seine Einwilligung giebt, so wird das Eigenthum dieses Grundstückes allein dem Dritten erworben werden müssen und zwar zur Hälfte kraft seines Rechts am Sclaven, zur andern Hälfte jure accrescendi (11).

da (nach den Worten „etiamsi *tempore* (d. h. biennio) liberatus est,") von dieser Form der Bürgschaft die Rede war. vgl. Gajus IV. 121.

(10) L. 1. pr. 7. pr. §. 2. h. t.

(11) L. 12. h. t. Si servus communis, tuus et Titii, a pupilla tua te auctore *aliquam rem* per *traditionem* acceperit, tota ad Titium pertinebit. (Die cursiv gedruckten Worte scheinen interpolirt.)

Im Bisherigen ist die Regel tutor in rem suam auctor fieri non potest selbst erklärt worden. Was nun aber den Grund derselben anlangt, so ist dieser nicht etwa in einem positiven Gesetze zu suchen, durch welches man mögliche Uebervortheilungen oder Unterschleife hätte verhüten wollen. Vielmehr ist unsere Regel rein formeller und zugleich ganz allgemeiner Natur. Denn der Tutor, welcher in eine Promission, einen Verkauf, eine Mancipation, eine Klage des Mündels mit ihm oder gegen ihn (den Tutor) selbst einwilligt, — promittirt, oder mancipirt, oder verkauft insoweit sich selber, oder klagt gegen sich selbst. Nun aber kann nicht blos kein Tutor, sondern überall Niemand sich selbst etwas versprechen, sich selber verklagen u. s. w. Folglich ist die Promission oder Klage u. s. w., soweit sie ein solches Geschäft mit sich selbst enthält, nichtig, der Wille des Tutors als Gegners und die Auctoritas gehen gegen einander auf und es bleibt nichts als die alleinige Einwilligung des Mündels übrig, welche nach dem Obigen ohne volle rechtliche Wirkung ist und nur eine naturalis obligatio oder eine actio in quantum locupletior est hervorbringt (12).

Will demnach der Tutor oder Curator ein solches Geschäft mit dem Pflegling eingehn, welches auch gegen diesen wirksam werden soll, so muß er dasselbe entweder allein, durch Gestio, oder mit einem andern rechtlichen Vertreter des Pupillen vornehmen.

Ersteres ist möglich bei allen Geschäften, bei welchen die

(12) L. 1. pr. L. 5. pr. h. t.

bloße Thatsache des Uebergangs in das Vermögen des Gegners Grund der Obligation und Liberation ist, z. B. Darlehen und Zahlungen (13).

Sobald aber das Geschäft seiner Natur nach zweiseitig ist, kann der Tutor dasselbe nur mit einem Andern vollziehen, welcher die Interessen des Pupillen wahrnimmt. Dieser Andere ist am natürlichsten zunächst der Mitvormund des contrahirenden oder prozessirenden Tutors. Ist aber kein Mitvormund vorhanden, oder ist die Auctoritas eines Tutors nicht hinreichend (14), so muß ein außerordentlicher Specialvormund bestellt werden, der dann nach Gelegenheit der Person und Sache bald ein Tutor, bald ein Curator sein kann (15).

II. Zu diesem gemeinsamen Erforderniß beider Tutelen und auch der cura minorum (16) kommen noch besondere bei der Pupillentutel.

Da nämlich bei dieser Tutel die Auctoritas zugleich eine der möglichen Formen der Administration des tutor gerens ist, so ist sie zunächst unwirksam bei allen Geschäften, welche nicht auf einer verständigen Administration beruhen (quae non ex administratione fiunt) und darum überhaupt nicht vorgenommen werden können. Dahin gehören alle unnützen Liberalitäten, z. B. Schenkungen, Freilassungen, Concessionen von Peculien an Sclaven u. s. w. (17). Aber auch letzt-

(13) L. 9. §. 4. 5. 7. de adm. vgl. mit L. 5. pr. L. 22. h. t.

(14) L. 5. pr. 7. §. 1. h. t. L. 24. de test. tut. L. 1. C. de in lit. dand.

(15) Thl. I. §. 53—55.

(16) arg. L. 1. §. 14. ad S. C. Treb.

(17) L. 1. §. 1. 2. 4—8. de tutelae. L. 24. in fin. de man. vind. L. 3. §. 3. L. 7. §. 1. de pecul. Inwiefern etwas Aehnli-

willige Erklärungen eines Pupillen und zwar nicht blos Testamente, sondern auch fideicommissarische letzte Willen und selbst Schenkungen auf den Todesfall können durch keine Auctoritas gültig werden, sondern der Pupill stirbt intestatus und die Intestaterben brauchen nicht nur die Fideicommisse nicht zu erfüllen, sondern können auch vom Tutor wegen der verschenkten Sachen Schadloshaltung verlangen (18). Der Grund dieser eigenthümlichen Zurücksetzung der Pupillen gegen Frauen liegt unstreitig darin, daß sich schon sehr früh in dem Recht des Vaters, für den Pupillen, im Fall daß dieser unmündig sterben würde, ein Testament zu machen (19), und in dem Recht desselben, Sachen auf den Fall des Todes seines Sohnes zu verschenken (20), ausreichende Surrogate der mangelnden Testamentifaction gebildet haben.

3. In Rücksicht der Form.

§. 126.

In Ansehung der Form des unter vormundschaftlicher Einwilligung abzuschließenden Geschäfts muß der Antheil des Pfleglings an demselben von dem des Vormundes in der Betrachtung gesondert werden.

I. Was den Antheil des Pfleglings, d. h. der Frau, des Unmündigen, oder des Minorennen betrifft, so ist dieser der eigentliche Gestor, Contrahent, oder die handelnde Hauptperson

ches bei der Geschlechtstutel vorkommen konnte s. in L. 61. pr. de jure dot. oben §. 118.

(18) L. 1. §. 1. de tutelae.

(19) Cic. de Inv. II. 30. L. 50. de leg. 3.

(20) L. 8. pr. L. 11. de mortis causa don.

bei dem Geschäfte. Er ist es also, der die Worte der legis actio, der Promission, Litiscontestation, Nuncupation auszusprechen, den Consens zu erklären, den Freibrief zu schreiben, das Geld zu empfangen, pro herede zu geriren hat. (1)

Eine Folge dieser Ansicht ist es, daß wenn factische Umstände die eigene Willenserklärung des Pflegbefohlenen hindern, der Abschluß des Geschäfts auf dem Wege der Auctoritas unmöglich wird, so daß alsdann dem Vormunde nichts Anders übrig bleibt, als, wenn sich der Fall dazu eignet, das Geschäft entweder durch Sclaven des Pflegbefohlenen vornehmen zu lassen, oder es selbst abzuschließen. (2)

Zu solchen Hindernissen der Willenserklärung und Auctoritas gehören besonders Abwesenheit, Wahnsinn, Taubheit und Stummsein und Infantia des Pflegbefohlenen. (3) Letztere, d. h. die Zeit der noch unausgebildeten Sprach- und Beurtheilungsfähigkeit, wurde ursprünglich nach der verschiedenen Entwicklung des Individuums bestimmt (4), späterhin aber auf den Grund tuskischer und griechischer Hebdomadeneintheilung (5) bis zum vollendeten 7ten Jahre gerechnet (6).

(1) L. 5. C. de jure delib. Potuit pupillus pro herede, tutore auctore gerendo consequi successionem, sed ipsius actus et voluntas fuit necessaria. Nam si quid nesciente eo tutor egit, illi hereditatem non potuit adquirere. L. 9. §. 6. L. 13. h. t. Ulp. XX. 15. Fr. de juris spec. §. 15. (17).

(2) L. 65. §. 3. ad S. C. Treb.

(3) Gaj. I. 173—176. L. 1. §. 2. 3. de adm.

(4) L. 65. §. 3. ad S. C. Treb. Varro weiß von keinem Abschnitt nach vollendeter Infantia, (Censorin. de die nat. c. 14.) obgleich Servius ad Aen. V. 295. ihn citirt.

(5) Censorin. l. c. c. 14. Serv. ad Aen. VIII. 398. Macrob. ad Somn. Scip. I. 6. Merill. Obss. I. 14.

(6) L. 1. §. 2. de adm. (Ul-

Streng genommen müßte man zwar eigentlich noch einen Schritt weiter gehen und selbst noch infantiae proximos (7) für unfähig erklären, unter Auctoritas des Tutors Geschäfte abzuschließen, da sie in Rücksicht des Bewußtseins den infantes gleich stehen. Allein diese Gleichstellung bezieht sich nur auf Delicte, dagegen in Rücksicht der Rechtsgeschäfte hat eine benignor oder favorabilior interpretatio angenommen, daß Promissionen und Nuncupationen sogleich nach eingetretener Sprachfähigkeit (8), Handlungen, bei denen keine mündliche Rede, sondern nur persönliche Gegenwart erforderlich ist, z. B. pro herede gestio oder Annahme einer Erbschaft ex S.C. Trebelliano sogar noch früher unter Auctoritas des Tutors rechtlich möglich sind, da ja die Prüfung der Nützlichkeit oder Schädlichkeit der Handlung Sache des Tutors, nicht des Pupillen ist (9). Nur da, wo körperliche Gegenwart nicht allein ausreicht, sondern auch noch eine bestimmte Entschließung und Erklärung gefordert wird, wie sie wohl ein mutus pubes, aber kein infans abgeben kann, z. B. bei dem Zwang zur Antretung und Restitution einer fideicommiss-

pian.) ita, ut pro his, *qui fari non possint* vel absint, ipsi tutores judicium suscipiant, pro his autem, qui *supra septimum annum aetatis* sunt, et praesto fuerint, auctoritatem praestent. L. 14. de sponsal. L. 18. §. 4. C. de jure del. vgl. Unterholzner in der Zeitschr. I. N. 3. Dagegen Erb in den Heidelb. Jahrb. v. 1815. S. 664—683.

(7) Theoph. ad §. 10. J. de inut. stip. *ὁποιός ἐςὶν ὁ ἕβδομον ἢ ὄγδοον ἄγων ἐνιαυτὸν*.

(8) Gaj. III. 109. §. 10. J. de inut. stip. L. 1. §. 13. de Oet. A. L. 1. §. 2. de adm. L. 5. de R. J.

(9) L. 9. de A. H. L. 65. §. 3. ad S. C. Treb. Ueber den Besitzerwerb eines Kindes s. §. 122. Note 7. S. 278.

sarischen Erbschaft an das Kind ex S. C. Pegasiano ist ausnahmsweise selbst unter Auctoritas des Tutors die Eingehung des Geschäfts nicht möglich, so daß dem Vormund nur der Weg der Gestio offen bleibt (10).

II. Der Antheil des Vormundes besteht nun aber darin, daß er zu dem von dem Pflegbefohlenen abgeschlossenen, aber nicht rechtlich vollgültigen Geschäft seine Genehmigung ertheilt. Diese Genehmigung muß aber noch folgende Eigenschaften haben, welche theils allen Willensacten überhaupt gemein, theils civilen Geschäften (actus legitimi, civilia negotia) insbesondere eigenthümlich sind.

Erstens muß sie wie jede Willenshandlung aus dem Willen des Vormundes hervorgegangen sein. Gesetzt also, dieser war wahnsinnig, oder Pupill, oder minorenn, so hat seine Einwilligung keine Kraft (11); während körperliche Gebrechen, die den Geist nicht afficiren, z. B. Blindheit, der Wirksamkeit der Einwilligung keinen Eintrag thun (12). Gesetzt der Tutor konnte wohl einwilligen, er that es aber nicht, z. B. er wurde durch absolute Gewalt (per vim) gezwungen, gegenwärtig zu bleiben, als das Geschäft mit dem Pflegling vorgenommen wurde, oder er war von dem Hergang überall nicht unterrichtet, so wird das Geschäft durch die Gegenwart des Vormundes eben so wenig

(10) L. 65. §. 3. ad S. C. Treb. (Zweite Hälfte).

(11) L. 1. §. 2. Quod falso. Gajus I. 178—180. L. 5. C. de leg. tut.

(12) L. 16. h. t. vgl. Paull. III. 4a. 4. L. 6. de jud. L. 1. §. 5. de postul.

bekräftigt werden, als ob er wahnsinnig, schlafend, ohnmächtig oder sonst nur leiblich zugegen gewesen wäre(13).

Zweitens muß der Wille des Vormundes auch ein freier Wille gewesen sein. Angenommen der Vormund willigte ein und erklärte sogar seine Beistimmung, aber er that es durch compulsiven Zwang (metus) bewogen, oder durch falsche Vorspiegelungen (dolus) hintergangen, so würde das Geschäft zwar dem Civilrecht nach gültig sein, aber doch sicher durch metus oder doli exceptio oder Restitution angefochten werden können. Indeß gelten diese Grundsätze nur von dem Zwange, welchen eine Privatperson anwendet. Dagegen wurde der Zwang von Seiten der Obrigkeit durch mulctae dictio, pignorum capio u. s. w. im ältern Recht bisweilen als erlaubt betrachtet. Die Auctoritas des Geschlechtstutors konnte nämlich, sobald sie verweigert wurde, auf Antrag der Frau vom Prätor erzwungen werden. Doch war dieser Zwang in seiner ganzen Ausdehnung nur gegen alterius generis tutores anwendbar, bei welchen der Prätor bisweilen auch ohne Auctoritas das Geschäft aufrecht hielt. Dagegen legitimi tutores konnten wenigstens bei Veräußerungen von res mancipi, bei Eingehung von Obligationen und Errichtung von Testamenten nur im Nothfall zur Einwilligung gezwungen werden(14). Allein dieser Zwang galt blos bei Geschlechtstutoren. Ganz anders verhält es sich aber mit der Auctoritas des Pu-

(13) L. 1. §. 1. L. 14. h. t.

(14) Gajus I. 190. 192. II. 121. 122. Cic. pro Muraena c. 12. L. 7. §. 1. Quod falso. Quid, si compulsus, aut metu, ne compelleretur auctoritatem accommodaverit?

pillentutors. Diese darf der Prätor niemals erzwingen, denn sie ist bloße Form der Administration, welche dem Vormunde zusteht, und wegen deren er allenthalben, wo er sie widerrechtlich unterlassen hat, mit der actio tutelae zur Verantwortung gezogen werden kann (15). Eine Ausnahme gilt nur zu Gunsten der fideicommissarischen Freiheit, welche der Pupill einem Sclaven prästiren soll; will nämlich hier der Tutor zu der Manumission nicht Auctor werden, so kann nach einem Rescript der Divi Fratres die Auctoritas durch eine Fiction supplirt werden (16); eine besondere Begünstigung, aus welcher auf keinen Fall eine allgemeine Regel für alle Geschäfte, welche dem Pupillen offenbar vortheilhaft sind, abstrahirt werden kann, wo nicht Landesgesetze ein Anderes verordnen (17). —

Drittens muß der Vormund seine Auctoritas auch auf die rechte Art erklären.

1. Zu diesem Ende muß er vor Allem bei dem Pflegbefohlenen, indem dieser das Geschäft abschließt, persönlich gegenwärtig sein; Boten und Briefe können seine Stelle nicht vertreten (18). Der andere Contrahent braucht dagegen nur dann gegenwärtig zu sein, wenn die Form des Geschäfts es erheischt. Bei Real- und Consensualcontracten, bei manumissio per epistolam u. s. w. kann er also abwesend sein (19).

(15) L. 10. §. 2. J. eod. L. 17. eod. Si tutor pupillo nolit auctor fieri non debet eum Praetor cogere.

(16) L. 30. §. 3. de fideic. lib. vgl. L. 11. eod. Paull. IV. 13. 3.

(17) z. B. Preuß. Landr. II. 18. §. 248. nach der zur Zeit der Abfassung verbreiteten Ansicht. vgl. Glück Pand. XXX. S. 469. N. 65.

(18) Ulp. L. 25. §. 4. de A. vel O. H. Gajus L. 9. §. 5. h. t. §. 2. J. h. t.

(19) L. 9. §. 6. h. t. Dosithei Interpretam. ed. Böcking §. 15. p. 57.

2. Er muß seine Zustimmung in ausdrücklicher **mündlicher** Rede, etwa durch die Formel: ego in hanc rem auctor fio oder eine gleich geltende — ertheilen und dieses selbst bei den Geschäften, welche der Pflegbefohlene, da sie keine Nuncupationen sind, stillschweigend verrichten kann, z. B. Darlehen, Empfang von Zahlungen u. dgl. m. (20). Hieraus folgt, daß der Tutor niemals taub oder stumm sein darf, während der Pflegbefohlene beider Fehler ungeachtet unter Auctorität seines Vormundes wenigstens die eben genannten Geschäfte eingehen kann (21). Uebrigens braucht der mündlichen Einwilligung des Tutors nicht gerade wie bei Stipulationen eine Frage des Gegners vorausgegangen zu sein, sondern die unaufgeforderte Erklärung reicht hier wie bei der cretio, dotis dictio u. s. w. völlig aus (22). Aus dem Gesagten erhellt von selbst die Bedeutung der Unterzeichnung (subscriptio) und Untersiegelung (assignatio) des über das Geschäft aufgenommenen schriftlichen Instruments durch den Tutor. Sie enthält so wenig die Auctoritas, als die Urkunde den Contract selbst, sondern sie dient blos zum Beweise derselben (23). —

3. Der Zeit nach muß ferner diese mündliche Erklärung **unmittelbar nach dem Abschluß des Geschäfts durch den Pflegbefohlenen** abgegeben werden, so daß sie mit der Erklärung des letztern zusam-

(20) L. 13. h. t.

(21) L. 1. §. 2. 3. de tutelis. vgl. mit L. 16. h. t.

(22) L. 3. h. t. Vielleicht war dies aber früher anders. cf. Or. pro domo. c. 29. Cic. pro Caec. c. 19.

(23) L. 20. h. t. vgl. L. 9. §. 6. h. t.

mengenommen ein Ganzes ausmacht (24). Also nicht vorher: denn sie soll eine Bekräftigung einer ungültigen Handlung, nicht etwa ein Befehl zu einer künftigen sein, jene aber setzt voraus, daß die zu bekräftigende Handlung bereits existire (25). Wenn also der Tutor bei den Präliminarien des Kaufs auctorirte, nicht aber bei der eigentlichen Perfection, so ist die Auctoritas ungültig. Deshalb behaupteten einige Juristen: der Tutor könne bei einer manumissio per epistolam nicht zur Zeit der Abfassung, sondern nur zur Zeit des Empfangs des Briefs gültig Auctor werden. Offenbar war indeß diese Anwendung unrichtig gemacht, da eben durch den Willen des Herrn allein, mithin zur Zeit der Abfassung, nicht des Empfanges die Freiheit perfect geworden ist, daher denn auch später von Andern jene Anwendung berichtigt wurde (26). Aber eben so wenig darf die Auctoritas nach einer Zwischenzeit auf die Perfection folgen. Denn die beiden Hälften der Erklärung, welche zusammen genommen ein gültiges Ganzes ausmachen, würden von einander getrennt immer nur als zwei abgerissene und unvollständige Bruchstücke eines Geschäfts dastehen (27), etwa den einzelnen Theilen eines Te-

(24) L. 9. §. 5. h. t. §. 2. J. eod.

(25) L. 25. §. 4. de A. vel O. H. (Thl. 1. S. 171. N. 10.) cf. Schulting Notae ad Dig. V. 132. ed. Smallenburg.

(26) Dosithei interpr. §. 15. (17) ed. Böcking p. 57.

(27) L. 31. pr. de usurpat. L. 9, §. 5. §. 2. J. h. t. Einige beziehen hierher auch Paull. lib. 8. ad Sab. und L. 29. de R.J. Quod initio vitiosum est, tractu temporis convalescere non potest, da sie in der Lehre von der Tutel und Auctoritas vorgetragen wird. s. Hommel Paling. II. 213. 214. — so z. B. Glück Pand. XXX. S. 457. Doch könnte sie auch darauf gehen, daß das Geschäft nicht von selbst mit Erreichung der Pubertät convalesciren soll.

stamentsacts vergleichbar, dessen Einheit durch Einmischung fremdartiger Gegenstände unterbrochen worden ist.

4. Eine Folge dieses letztern Theils unserer Regel ist die, daß die Auctoritas *pure* interponirt werden muß, so daß sie zu denjenigen actus legitimi gehört, welche keine Suspension durch Bedingungen und Zeitbestimmungen erlauben (28). Der Grund dieses Satzes ist nämlich offenbar der: weil die bedingt oder sub die ertheilte Auctoritas nicht sofort nach Abschluß des Geschäfts, sondern erst mit Eintritt des dies oder der Bedingung, also nach einem Zwischenraum wirksam werden würde, welches nach dem Obigen unmöglich ist. Darum gilt diese Regel nicht nur dann, wenn das Geschäft selbst, zu welchem auctorirt wird, ein unbedingtes, sondern auch dann, wenn dasselbe ebenfalls ex die oder ex conditione abgeschlossen ist, denn auch bei einem solchen liegen die Auctoritas und der Zeitpunkt der Perfection doch immer auseinander (29).

Aus der bisherigen Darstellung ergiebt sich, daß die Form der Auctoritas etwas sehr Alterthümliches und Civiles hat, wie es sich bei der cretio und andern civilibus negotiis wiederfindet (30). Da der Consens des Curators nicht den Zweck hat, einer strengrechtlichen Förmlichkeit zu genügen, sondern nur die Concession des Administrators zu Dispositionen über das seiner Aufsicht anvertraute Vermögen, oder zu bedenklichen Geschäften enthalten soll, so hat man sich bei diesem practischen Zweck mit wenigern Förmlichkeiten begnügt.

(28) L. 8. h. t. L. 77. de R.J.

(29) L. 8. h. t. cit.

(30) L. 77. de R.J.

Namentlich bedarf es keiner mündlichen Rede und deshalb auch keiner persönlichen Gegenwart und wahrscheinlich hindern auch Bedingungen und Zeitbestimmungen die Gültigkeit der Handlung nicht, sondern schieben sie nur hinaus (31).

Noch weniger sind in Deutschland die Vormünder an die strengen Formen der Römischen Auctoritas gebunden (32).

D. Wirkung der Genehmigung.

§. 127.

Sind die bisherigen Erfordernisse der Auctoritas oder des Consenses sämmtlich beobachtet, so hat das Geschäft nach Civilrecht die nämliche Kraft (auctoritas), als wenn es von einem mündigen und großjährigen Manne eingegangen worden wäre. Es werden also auch directe Klagen aus demselben gegen den Pflegbefohlenen gegeben (1). Doch hat dieser ungeachtet der Auctoritas das Recht, ohne daß er den Vormund vorher auszuklagen brauchte, Restitution gegen das Geschäft zu suchen (2). Auch kann es der Auctoritas ungeachtet, wegen mangelnder obervormundschaftlicher Genehmigung oft als nichtig angefochten werden. Fehlt es dagegen an einem Erforderniß der Auctoritas, so ist es so gut, als ob der Pflegebefohlene auch factisch ohne Vormund gehandelt hätte, so daß die Grundsätze der §. §. 121—123. eintreten (3).

(31) von Löhr, Mag. III. S. 36.

(32) z. B. Bair. Landr. I. 7. §. 17.

(1) L. 44. de re jud.

(2) L. 2. 3. 5. C. si tutor vel curator interv.

(3) L. 2. h. t. Nulla differentia est, non interveniat auctoritas tutoris, an perperam adhibeatur.

IV. Vertretung des Pflegbefohlenen.

A. Allgemeine Grundsätze.

§. 128.

Quellen:

D. XXVI. 9. Quando ex facto tutoris vel curatoris minores agere vel conveniri possunt.

C. V. 39. Quando ex facto tutoris vel curatoris minores agere vel conveniri possunt.

Es giebt Fälle, in denen der Pflegbefohlene aus Gründen, welche in seiner Persönlichkeit liegen, weder allein, noch unter dem Beistande des Vormundes wirksame Rechtsgeschäfte eingehen kann.

Dahin gehört nun zwar die Geschlechtstutel in der Regel nicht(1), die cura furiosi und prodigi, aegroti und bonorum hingegen immer, und die tutela und cura pupilli, so wie die cura minoris wenigstens dann, wenn der Pflegbefohlene durch Infantia, Krankheit, Wahnsinn oder Abwesenheit das Geschäft selbst abzuschließen verhindert ist.

In diesen Fällen hat der Vormund, wie schon S. 307.

(1) Etwas Eigenthümliches ist die Vorschrift der Tab. Heracl. lin. 7., daß der Geschlechtstutor bei den daselbst vorgeschriebenen Professionen die vidua nicht verbeiständen, sondern vertreten soll.

bemerkt wurde, nur zwei Wege, um ein für oder gegen den Pflegbefohlenen wirksames Rechtsgeschäft zu begründen.

I. Der eine dieser Wege ist Vollziehung des Rechtsgeschäfts durch die der potestas, manus, mancipium des Pflegbefohlenen unterworfenen Individuen, z. B. die Sclaven, die Söhne des furiosus u. s. w. Sobald nämlich diese Personen erwerbende und bereichernde Handlungen, z. B. einen Kauf (2), die stipulatio rem pupilli, furiosi, adolescentis salvam fore (3), oder die Stipulation beim Darlehen (illa die pecuniam reddi (4)) auch nur allein abschließen, so wird die Vindicatio oder Actio daraus dem Pflegling direct erworben. Dasselbe gilt bei Schenkungen an einen Pflegbefohlenen. Geschieht nämlich die Schenkung an einen infans, so soll nach einer Constitution Constantin's vom Jahr 316 zuerst das Instrument vollzogen und dann ein Sclav in den Besitz des fundus Italicus seu stipendiarius inducirt werden. Dieser Sclav soll aber dann, um den Hergang bezeugen zu können, nicht eher freigelassen werden, bis der Herr die „annos Laetoriae legis" überschritten hat. Letztere Bestimmung hat Justinian weggelassen (5). Und soll etwa eine obligirende Handlung vorgenommen, z. B. eine Erbschaft angetreten, eine Schuld contrahirt werden, so darf der Tutor oder Curator nur einem der Sclaven seines Pflegbefohlenen den Jussus ertheilen, die Handlung zu vollziehen und er ist

(2) L. 9. §. 6. de Publiciana.

(3) L. 2. L. 4. §. 8. L. 6. Rem pup. L. 1. §. 15. de mag. conv.

(4) L. 9. pr. de adm.

(5) L. 2. C. Th. i. e. L. 26. C. de donat. (12 Cal. Maj. 316.)

ist sicher, daß der Pupill heres ist (6), oder daß die actio „quod jussit tutor" gegen ihn gegeben wird (7).

II. Ist dieses Mittel, eine directe Repräsentation des Pupillen zu bewirken, unanwendbar, so bleibt dem Vormunde nichts Anderes übrig, als selbst zu handeln, also in eigenem Namen zu erwerben, oder auf eigenen Namen sich zu obligiren. Bei diesem Verfahren tritt nun aber eine bedeutende Schwierigkeit ein. Die Absicht nämlich bei der negotiorum gestio des Vormundes ist doch auf keinen Fall die, daß der Vormund aus den Geschäften, welche er als negotiorum gestor des Pfleglings vornimmt, Rechte oder Verbindlichkeiten bekommen soll, vielmehr soll eben der Pflegling aus dem Geschäft seines Vormundes klagen und verklagt werden können, folglich activ und passiv aus demselben repräsentirt werden. Eine solche active und passive Repräsentation durch freie Stellvertreter ist nun aber nach Civilrecht ganz unmöglich.

Dieses geht nämlich hier von dem einfachen Grundsatze aus, daß derjenige, welcher der Gewalt einer bestimmten Person nicht unterworfen ist, diese Person, wenn er es auch wollte, durch seine eigenen Handlungen weder activ noch passiv

(6) L. 65. §. 3. ad S. C. Treb. Nur muß der Sclav noch bei Lebzeiten des Tutors dem Befehl nachgekommen sein. L. 50. de A. H. Si per epistolam servo pupilli tutor hereditatem adire jusserit: si post subscriptam epistolam tutor moriatur, antequam ex epistola servus adiret, nemo dicturus est, obligari postea pupillum hereditati.

(7) L. 1. §. 9. L. 2. Quod jussu. Die Worte quod jussit tutor sind ein Theil der Demonstratio der Formel.

repräsentiren kann, daß vielmehr seine Handlung nur für und gegen ihn selbst wirkt, oder daß sie, wenn er dieses ausdrücklich ablehnt, gar keinen Erfolg hat.

Wenden wir diese Grundsätze auf den Vormund an, so ist, (da dieser etwa abgesehen von der cura des Sohnes über den wahnsinnigen Vater der Gewalt des Pflegbefohlenen nicht unterworfen ist,) eine directe Repräsentation des Pflegbefohlenen durch ihn nach altem Civilrecht sowohl activ als passiv unmöglich.

Es bleibt demnach dem Vormund nur der Ausweg übrig, die erworbenen Rechte und Verbindlichkeiten einstweilen selbst zu behalten und sich später im directum und contrarium tutelae und negotiorum gestorum judicium mit dem Pflegling deshalb zu berechnen. Hier kann er nämlich gezwungen werden, die erworbenen Rechte dem Pflegling zu cediren oder das Interesse zu prästiren, so wie er diesen umgekehrt zwingen kann, ihm die Verbindlichkeiten abzunehmen, die er um seinetwillen eingegangen ist.

Wo nach der Natur des Geschäfts dies Mittel des Erwerbs durch den Vormund und der Ausgleichung im tutelae judicium nicht anwendbar ist, da muß die Handlung ganz ausgesetzt bleiben, bis sie der Pflegling selbst vornehmen kann, wie z. B. bei Testamenten (8) und (nach altem Recht) Erklärungen über deferirte Erbschaften.

(8) Nur ist bei Testamenten eine Stellvertretung durch den Vater oder die Aeltern, nämlich die Pupillar- und Quasipupillarsubstitution ausgebildet. J. 2. 16. D. 28. 6. C. 6. 26.

Diese Strenge des alten Civilrechts ist jedoch schon im neuern Römischen Recht in den wichtigsten Puncten gemildert worden. Man hat nämlich in den meisten Beziehungen angenommen, daß der Pflegbefohlene selbst durch die Handlungen des Vormundes, d. h. nicht blos durch die Rechtsgeschäfte, sondern bis auf einen gewissen Punct auch durch die Delicte desselben activ und passiv repräsentirt werde (ex facto tutorum vel curatorum minores agere vel conveniri posse) und das deutsche Recht ist darin von jeher noch weiter gegangen (9).

Nur verlangen die neuern Gesetze gewöhnlich, daß, wenn der Pflegling schon der Großjährigkeit nahe ist, der Vormund ihn deshalb zu den Geschäften zuziehe, damit er davon und von dem Zustande des Vermögens allmählig Kenntniß erlange (10).

B. Repräsentation durch Rechtsgeschäfte.

1. Adquisitionen.

§. 129.

Untersuchen wir nun zuerst, inwiefern der Pflegbefohlene durch die **Rechtsgeschäfte** seines Vormundes **activ** repräsentirt wird, so müssen wir in dieser Beziehung zwischen Vindicationen, Actionen und Exceptionen unterscheiden.

(9) Thl. I. S. 35. N. 42. Preuß. Landr. §. 250—252.

(10) Preuß. Landr. §. 244.245. Hannöv. Vormünderinstr. §. 31.

I. Was die Vindicationen betrifft, so leidet es keinen Zweifel, daß wenn dem Vormund, als negotiorum gestor des Pflegbefohlenen, etwas mancipirt oder in jure cedirt wird, blos dem Vormunde die directe Vindication erworben wird. Ja eine Mancipation: „pupillo meo emptus esto hoc aere aeneaque libra" oder eine in jure cessio „ajo hunc fundum pupilli mei esse ex jure Quiritium" (1) würde nach Römischen Begriffen gänzlich undenkbar sein. Anders verhält es sich mit der Tradition. Wenn es nämlich auch noch zu Gajus Zeit zweifelhaft war, so ist es doch durch eine Constitution Sever's entschiedener Grundsatz geworden, daß durch eine freie Mittelsperson, selbst ohne daß der Dominus darum weiß, possessio erworben werden könne (2). Daß dieser Satz auch in Anwendung auf den Tutor gilt, ist in einem bekannten Rescript des Kaisers Decius wenigstens deutlich genug vorausgesetzt (3). Da nun die possessio, wenn sie vom Dominus ex justa causa übertragen wird bei nec mancipi res zu gleicher Zeit dem Empfänger quiritarisches Eigenthum giebt, so folgt, daß seit Sever und Antonin dem Pflegbefohlenen auf diesem Wege durch den Vor-

(1) Vat. Fr. §. 50.

(2) Gajus II. 95. L. 11. C. de A. P. (226) §. 5. J. per quas pers.

(3) L. 3. C. de adq. poss. . . alioquin nec quidem per tutorem possessio infanti poterit adquiri. v. Savigny Besitz §. 21. Ich bemerke nur noch, daß in den Worten donatarum rerum a quacunque persona auf den Gegensatz zwischen exceptae und non exceptae lege Cincia personae hingedeutet wird, der allerdings in Bezug auf possessio ganz gleichgültig ist. Vat. Fr. §. 310. 311. 293.

mund selbst eine directa vindicatio erworben werden kann. Hiebei wird aber freilich vorausgesetzt, daß der Vormund bei dem Ankauf sich ausdrücklich als Geschäftsführer des Pfleglings gerirte, so daß der Verkäufer wußte, das Geschäft werde für den Pflegling geschlossen und die Absicht haben konnte, eben diesem letztern das Eigenthum zu verschaffen (4). Hat folglich der Vormund auf seinen eigenen Namen contrahirt (in nomen suum emit), so hat er selbst das Eigenthum und die directe Vindication erworben, nicht blos dann, wenn er die erkaufte Sache mit eigenem Gelde, sondern auch dann, wenn er sie mit dem Gelde des Pflegbefohlenen bezahlt hat. Allein in dem letztern Fall hat der Pflegling die Wahl, ob er den Vormund entweder im judicium tutelae oder negotiorum gestorum, wegen des Mißbrauchs seines Vermögens zu den Privatzwecken des Vormundes, auf Bezahlung der höchsten Zinsen verklagen, oder ob er das Grundstück und die vindicatio als in seinen Angelegenheiten erworben ansehen will. Zieht er das Erstere vor, so hat er an der mit seinem Gelde erkauften Sache zum wenigsten ein gesetzliches Pfandrecht (5). Wählt er hingegen das Letztere, so wird ihm sofort, auch ohne Cession, eine utilis vindicatio gegeben, welche ihm besonders im Fall der Insolvenz des Vormundes von großer practischer Wichtigkeit sein kann. Folgende Stellen enthalten den Beweis dieses Satzes.

L. 2. h. t. Ulp. lib. 1. Opinionum. Si tutor vel

(4) §. 5. J. per quas pers. L. 20. §. 2. de A. R. D. L. 53. eod.

(5) L. 6. C. de servo pign. dato. L. 7. pr. Qui pot.

curator, pecunia ejus cujus negotia administrat mutua data, ipse stipulatus est, vel praedia in nomen suum emerit: utilis actio ei, cujus pecunia fuit, datur ad rem vindicandam, vel mutuam pecuniam exigendam.

L. 3. C. arb. tut. Imp. Antoninus A. Vitalio. Si curator post decretum Praesidis sublata pecunia, quae ad comparationem possessionis fuerat deposita, sibi praedium comparavit: elige utrum malis in emptione negotium tibi eum gessisse, an, quia in usus suos pecuniae conversae sunt, legitimas usuras ab eo accipere: secundum quae judex tutelae judicio redditus, partem religionis implebit.

Basil. T. V. p. 70. c. 28. *δίδοται ἐξουσία τῷ ἐλάττονι, ἢ τὸν ἀγρὸν λαβεῖν, ὡσανεὶ αὐτῷ πραχθέντος τοῦ συναλλάγματος, ἢ τοὺς ἀπὸ συγχωρήσεως τόκους ἀπαιτῆσαι* (6).

Hat ein Dritter mit dem Gelde des Pupillen Sachen gekauft, so sind diese demselben nur stillschweigend verpfändet, aber Vindicant ist er nicht (7). — So verhält es sich mit den eigentlichen civilrechtlichen Vindicationen. Viel weniger streng ist man aber von jeher mit der Publicianischen Klage gewesen, welche des prätorischen Ursprungs und der conceptio wegen schon eine freiere Rechtsansicht zuzulassen schien. Es ist nämlich entschiedener Grundsatz, daß

(6) Glück Pand. VIII. S. 159–163.

(7) L. 6. C. de servo pign.

dato. L. 7. pr. Qui pot. Glück Pand. XIX. S. 47 ff.

wenn Jemand nicht für sich, sondern als negotiorum gestor eines Andern eine Sache kauft und im Besitz bekommt, diesem Andern die Publiciana gegeben wird, wie wenn er selbst gekauft hätte: und dieser Grundsatz findet auch auf den Tutor und Curator vollständige Anwendung (8).

II. Wenden wir uns hiernächst zu den **Actionen**, so findet hier der Grundsatz der:

> L. 5. C. h. t. (Impp. Diocl. et Maxim. A. A. et C. C. Onesimae.) Per tutorem pupillo actio, nisi certis ex causis quaesi non potest. (Dat. Id. Dec. C. C. Coss.)

um so mehr Anwendung, als außer der allgemeinen Unmöglichkeit activer Repräsentation durch freie Stellvertreter, noch die besondere Natur der obligatorischen Verhältnisse dem Erwerb derselben durch den Vormund im Wege steht. Indeß hat doch selbst hier das spätere Recht dem Pflegling „certis ex causis" utiles actiones aus den Verträgen des Vormundes accommodirt.

Eine Anwendung dieser Regel zeigt sich zunächst bei Verbalcontracten des Tutors. Wollte der Tutor stipuliren: pupillo meo dare spondes? oder rem pupilli mei salvam fo-

(8) L. 7. §. 10. de Publ. in rem act. Si ego non emero, sed servus meus, habebo Publicianam. Idem est, si procurator meus, vel tutor vel curator vel quis alius negotium meum gerens emerit. Natürlicher Weise muß dann die Formel danach modificirt und etwa so concipirt gewesen sein: Si quem hominem tutor vel curator Ai. Aii. emit, quique ei traditus est, Aus. Aus. anno possedisset, tum si eum hominem d. q. a. Ai. Ai. ex j. Q. esse oporteret u. s. w. Gajus IV. 36.

re spondes? so würde die ganze Stipulation ohne Effect bleiben. Dem Pupillen, würde keine Actio daraus erworben werden, weil man keinem Dritten stipuliren kann, dessen Potestas Manus, Mancipium man nicht unterworfen ist (9). Dem Vormund selbst würde aber gleichfalls keine actio erworben werden können, weil er ja gar nicht die Absicht hatte, für sich selbst eine Obligation zu contrahiren (10). Aus dem Gesagten ergiebt sich, daß der Vormund in den Fällen, wo er selbst zu handeln genöthigt ist, die Stipulation allemal auf seinen eigenen Namen richten muß. Wenn er also Gelder seines Pupillen ausleiht, so muß er z. B. stipuliren: illam pecuniam illa die mihi reddi spondes? oder, falls er seinen Sohn oder Sclaven stipuliren läßt: domino, patri meo reddi spondes? Daß eine so gefaßte Stipulation wirksam ist, unterliegt nicht dem geringsten Zweifel. Allein die Wirkung derselben ist doch immer nur die, daß der Vormund die actio ex stipulatu erwirbt; der Pflegling kann ihn nur mit der actio tutelae darauf verklagen, daß er ihm diese Klage cedire. Indeß hat schon Julian den Grundsatz, daß in einem solchen Fall auch ohne Cession dem Tutor die directe Klage zu denegiren und dem Pflegling eine utilis ex stipulatu actio zu geben sei. Freilich scheint man ursprünglich diesen Grundsatz nur in dem Fall angenommen zu haben,

(9) Gajus III. 103. §. 4. J. de inut. stip. inutilis est stipulatio, si ei dari stipulemur, cujus juri subjecti non sumus.

(10) Eine Ausnahme enthält L. 38. §. 20. de V. O. L. 55. §. 4. de adm. vgl. S. 235.

wenn der Pupill infans ist und keinen Sclaven hat (11). Allein die Interpretation hat kein Bedenken getragen, ihn auch auf den Fall der Abwesenheit des Pupillen auszudehnen (12) und ihn endlich ganz allgemein auszusprechen für alle Fälle, wo der Vormund selbst stipulirt hat (13). Sogar über die Grenzen des Vormundschaftsrechts hinaus hat man den Grundsatz zur Anwendung gebracht. Wenn nämlich der Procurator eines Soldaten dessen Geld ausleiht und sich selbst zurück stipulirt, dann soll nach dem Muster unsers Falles dem Soldaten ebenfalls die actio ex stipulatu als utilis gegeben werden (14). Von der Ausdehnung auf die Stipulationen des servus publicus, Ordo oder duumvir bei der cautio rem pupilli salvam fore ist schon oben die Rede gewesen (15).

Aehnlich wie bei Stipulationen steht die Sache bei Consensualcontracten. Denn wenn der Vormund Grundstücke

(11) L. 9. pr. de adm. Quod si neque pupillus ejus aetatis erit, ut stipulari possit, neque servum habebit, tunc ipse tutor, quive in ejus potestate erit (sc. stipulari debet) *quo casu* Julianus saepissime scripsit, utilem actionem pupillo dandam.

(12) L. 9. pr. cit. Sed et si absens sit pupillus, oportere tutorem suo nomine stipulari nequaquam ambigendum est.

(13) L. 2. h. t. L. 2. C. h. t. Imp. Alexander A. Sorarcho. Etsi tutores tui, cum pecuniam pupillarem crederent, ipsi stipulati sunt, utilis actio tibi dabitur.

(14) L. 26. de reb. cred. Si pecuniam militis, procurator ejus mutuam dedit fidejussoremque accepit: exemplo eo, quo, si tutor pupilli, aut curator juvenis pecuniam alterutrius eorum creditam stipulatus fuerit, actionem dari militi, cujus pecunia fuerit, placuit. Vgl. auch L. 79. de V. O.

(15) S. 216.

oder andere Sachen seines Pflegbefohlenen verpachtet oder vermiethet hat, so erwirbt zwar er selbst die actio locati daraus, doch können die Pflegbefohlenen auch diese Klage als utilis actio gegen den Pachter oder Miether selbst anstellen(16).

Noch leichter konnte man bei dem Constitutum annehmen, daß, wenn dem Tutor oder Curator die Zahlung einer Summe, die man dem Pflegling schuldig ist, zugesagt wird, dem Pflegling eine utilis constitutae pecuniae actio gegeben werde, denn diese Klage ist gleich der Publicianischen prätorischen Ursprungs und hat einen freiern Character als die streng civilrechtlichen(17). Deshalb ist man bei dieser Klage sogar noch einen Schritt weiter gegangen und hat angenommen, daß, wenn man dem Vormund verspricht: pupillo, furioso, adolescenti solvi, dem Pflegling ebenfalls actio constitutae pecuniae utilis erworben wird (18).

Ja in Beziehung auf die Darlehnsobligation geht das Römische Recht noch weiter. Es ist nämlich allgemeiner, aus der Realcontractnatur des Darlehns folgender Grundsatz, daß wenn ein freier Stellvertreter mein Geld oder auch das seinige

(16) L. 4. C. h. t.: sed et ex eorum contractu utilis tibi quaeri potuit contra successores conductoris actio (sc. locati).

(17) L. 5. §. 7. de pec. const. Item tutori pupilli constitui potest (nicht tutori mulieris) et actori municipum et curatori furiosi, d. h. es kann diesen Vormündern Auszahlung der Schuld an sie selbst versprochen werden.

(18) L. 5. §. 9. (vgl. §. 6.) de pec. const. Si actori municipum, vel tutori pupilli, vel curatori furiosi, vel adolescentis ita constituatur: *municipibus solvi, vel pupillo, vel furioso, vel adolescenti:* utilitatis gratia puto dandam municipibus, vel pupillo, vel furioso, vel adolescenti utilem actionem.

in meinem Namen ausleiht, alsdann mir die condictio erworben werde, und zwar nicht etwa als utilis, sondern als directa actio (19). Dieser Satz gilt nun auch vom Vormunde, welcher Gelder seines Pfleglings an Andre ausleiht (foeneratur (20)), ja sogar, wenn er sie selbst entleiht und sich als Schuldner des Pfleglings in dessen Büchern aufführt, erwirbt er demselben die Condiction dieses arcarium nomen (21).

Soviel über die actiones in personam. Aehnliche Grundsätze wie von den Obligationen selbst, gelten nun aber auch von der Accession derselben, der obligatio pignoris. Wenn also dem Tutor oder Curator eine Sache zum Pfande gegeben wird, so erwirbt dieser dem Pflegbefohlenen die pignoris obligatio dennoch nicht, obgleich der Besitz der verpfändeten Sache demselben durch Apprehension des Vormundes allerdings erworben werden kann. Eine Folge hiervon ist, daß die actio pigneratitia ebenfalls nicht gegen den Pflegling, sondern gegen den Vormund angestellt werden muß (22).

III. Was nun endlich noch die Frage anlangt, ob und

(19) L. 126. §. 2. de V. O. L. 9. §. 8. de reb. cred.

(20) L. 8. L. 16. de adm.

(21) L. 9. §. 7. de adm. seque mutua pecunia poterit obligare (tutor pupillo) sibi mutuam proscribendo.

(22) L. 11. §. 6. de pign. act. Ulp. 28. ad ed. Per liberam autem personam pignoris obligatio nobis non adquiritur: adeo ut nec per procuratorem plerumque *vel tutorem* adquiratur. Sed nec mutat, quod constitutum est ab Imperatore nostro, *posse per liberam personam possessionem adquiri*: nam hoc eo pertinebit, ut possimus pignoris nobis obligati possessionem per procuratorem vel tutorem adprehendere: ipsam autem obligationem libera persona nobis non semper adquiret.

inwieweit von dem Pflegbefohlenen aus der Gestio des Vormundes Exceptionen hergeleitet werden können, so durfte auch bei diesen die allgemeine Regel gelten müssen, daß eine exceptio des Pfleglings aus den Geschäften des Vormundes, als eine exceptio de jure tertii zu betrachten und deshalb unstatthaft sei (23). Aber aus ähnlichen practischen Bedürfnissen, wie bei den Actionen, hat man auch hier diese Regel verlassen und nicht blos dem Tutor, sondern auch dem Pflegbefohlenen die exceptio gegeben.

Eine Anwendung dieses Grundsatzes zeigt sich bei der exceptio jurisjurandi und rei judicatae (24).

In Beziehung auf die exceptio pacti hingegen müssen verschiedene pacta des Vormundes getrennt werden. Er kann ganz allgemein (in rem) ausbedingen, daß eine Klage gegen den Pflegbefohlenen nicht angestellt werde (ne petatur); er kann aber auch paciscіren: ne a se petatur, endlich auch ne a pupillo furioso, prodigo petatur. In allen diesen Fällen ist das pactum nicht ohne Wirkung. Allein eine exceptio pacti entspringt nur dann daraus, wenn der Vormund ausbedang, ne a se peteretur und nun späterhin selbst belangt wird. Wird hingegen der Pflegbefohlene verklagt, so kann dieser zwar keine exceptio „nisi inter te et tutorem meum convenit, ne ea pecunia peteretur oder a me peteretur" opponiren, denn dies würde formell eine exceptio de jure tertii sein, aber allerdings hat er Anspruch auf eine doli exceptio („nisi in ea re q. d. a. dolo malo actoris factum

(23) L. 59. de pact. (24) L. 9. §. 6. de jurejur.

sit, neque fiat") weil in der That der Kläger in dolo ist, indem er sich auf den Buchstaben des Rechts gegen die eigentliche Absicht, die bei jenem pactum zum Grunde lag, zu berufen wagt (25). — In einer besondern Anwendung kommt die exceptio pacti in dem Fall vor, wenn die väterliche Erbschaft des Pflegbefohlenen verschuldet ist, und der Vormund mit der Majorität der Creditoren um bestimmte Procente accordirt. In diesem Fall erwirbt der Pflegling, nachdem er auf den Grund dieses Vertrages die Erbschaft angetreten hat, nicht blos gegen die Creditoren, welche den Nachlaß wirklich ertheilt haben, pacti exceptio, sofern sie das Ganze fordern wollten, sondern er erwirbt diese exceptio auch gegen die Minorität, welche dem Accord nicht beigetreten ist, da nach dem Rescript von Marcus der Beschluß der Majorität in diesem speciellen Fall auch die Minorität binden soll. Davon ist denn die bloße Folge, daß wenn der Vormund selbst Creditor des Vaters des Pupillen war, aber für seine Person dem Accord der Majorität nicht beigetreten ist, er sich gleichwohl mit den Prosenten begnügen muß, auf welche jene Majorität accordirt hat, folglich, wenn er sich für seine ganze Forderung aus der Erbschaft bezahlt ge-

(25) L. 15. de pact. Tutoris quoque (ut scribit Julianus) pactum pupillo *prodest*. Das Citat Julian's beweist, daß das prodesse nicht pacti exceptione, sondern doli exceptione geschieht. L. 10. §. 2. eod. L. 26. §. 1. de pact. Si curator furiosi aut prodigi pactus sit, ne a furioso, aut prodigo peteretur, (also eigentlich gegen die Form des strengen Rechts eine obligatio tertio contracta) *longe utile* est, curatoris recipi pactiones, sed non contra.

macht haben sollte, den Ueberschuß dem Pupillen restituiren muß (26).

2. Passive Obligationen.

§. 130.

In Beziehung auf die passiven Obligationen, welche der Vormund eingeht, wird die allgemeine Regel des Römischen Obligationenrechts, daß man durch seine Contracte nur sich selbst, nicht aber dritte Personen obligiren könne, auch auf das Verhältniß von Vormund und Pflegling angewendet. Der Vormund also, wenn er allein handelt, kann nur sich selbst, nicht den Pflegling obligiren, und muß sich aus seinen eigenen und aus des Pfleglings Obligationen selbst verklagen und condemniren lassen. Erst nach geendigter Vormundschaft kann er mit der contraria tutelae actio Ersatz seiner Auslage, oder, falls er diese noch nicht gemacht hat, Defension gegen die actio aus seiner Obligation verlangen (1).

Ausnahmen dieser Regel treten nach altem Recht nur entweder da ein, wo eigentlich nicht sowohl ein feierliches Rechtsgeschäft, als vielmehr eine Bereicherung die causa obligandi bilden, wie z. B. bei Empfang von Darlehen (2),

(26) Scaevola lib. 5. resp. L. 44. de pactis. Idem lib. 26. Dig. L. 59. de adm. Zwei sehr ähnliche Stellen, nur letztere, wie gewöhnlich im Verhältniß der Digesten Scävola's zu seinen Responsen, ausführlicher.

(1) L. 5. §. 1. de O. et A. §. 2. J. de obl. q. q. ex contr. L. 28. de neg. gest. L. 6. de contr. tut. Si tutor pro pupillo se obligavit, habet contrariam actionem et antequam solvat.

(2) L. 20. §. 1. de in rem verso. L. 3. C. h. t. L. 27. de reb. cred.

oder wo die obligirende Handlung auch durch Boten oder Briefe verrichtet werden kann, folglich der Vormund nicht als selbstständig contrahirende Person, sondern als bloßes Organ des Pfleglings in Betracht kommt, wie z. B. beim Constitutum (3) und der Interpellation (4).

Indeß auch bei feierlichen Rechtsgeschäften hat man allmählig angenommen, daß aus den Schulden, welche der Vormund in des Pfleglings Angelegenheiten macht, die Klage wenigstens als utilis actio gegen den Pflegling selbst gegeben werden solle. Diese utilis actio beruht aber nicht sowohl auf Analogie der actio exercitoria und institoria, denn bei diesen Klagen wird die Klage nicht gegen den Institor denegirt und auf den Dominus transferirt, sondern eine neue Klage adjicirt, während in unserm Fall eine wahre Translation Statt findet (5), sondern sie beruht vielmehr auf einer Fiction der Defensio oder passiven Cession, welche mit der actio tutelae contraria erzwungen werden kann (6).

Um aber diese utilis actio genauer zu erklären, müssen wir das Verhältniß des Vormundes während der Dauer

(3) L. 14. §. 3. L. 15. de pec. const. Et licet libera persona sit, per quam tibi constitui, non erit impedimentum quod per liberam personam (non) adquirimus: quia ministerium tantum hoc casu praestare videtur. L. 3. §. 2. de adm. vel ad civ. pert.

(4) L. 24. de V. O. Sed si ex stipulatu Stichum debeat pupillus, non videbitur per eum mora fieri, ut mortuo eo teneatur: nisi tutore auctore, *aut solus tutor* interpelletur. L. 3. §. 10. de statuliberis.

(5) L. 4. §. 1. de re jud. „debet denegari in eos (tutores vel curatores) judicati actio." L. 26. C. de adm.

(6) Vergl. jedoch über die Theorie des Civilproz. Hollweg's Versuche. S. 227. 138.

und das nach der Beendigung der Vormundschaft unterscheiden.

Schon während der Dauer der Vormundschaft wird nämlich aus allen Geschäften, welche der Vormund auf den Namen seines Pfleglings eingeht, gegen ihn selbst die actio directa denegirt und gegen den Pflegling actio utilis auf das Ganze gegeben, mag der Vormund solvend sein oder nicht. Dies hat die wichtige Folge, daß der Vormund, obgleich er während der Vormundschaft zur Defensio des Pfleglings, d. h. zur Zahlung des Anspruchs oder zur Uebernahme des Judicii verpflichtet ist, doch die Zahlung nicht aus eigenen Mitteln zu leisten und den Prozeß nicht selbst zu übernehmen braucht, sondern aus des Pfleglings Vermögen zahlen und diesen das Judicium übernehmen lassen kann (7).

Ausnahmen dieses Grundsatzes treten nur dann ein, wenn entweder der Gläubiger ausdrücklich nur mit dem Vormund auf dessen eigenen Namen contrahirt hat, weil er mit dem Pflegling nichts zu thun haben will (curatoris personam secutus est (8)), oder wenn die actio eine hereditaria war und der Pupill abstinirt wird. In jenem Fall wird nämlich gegen den Vormund allein, in diesem letztern wird gegen keinen von beiden die actio gegeben. (9).

So steht die Sache während der Dauer der Vormundschaft.

Hin-

(7) L. 1. 2. de adm. L. 4. §. 1. de evict.

(8) L. 4. C. si tutor. vgl. Preuß. Landr. §. 250—252.

(9) L. 89. de A. H. verbunden mit L. 7. h. t. Jo. Altamiranus ad lib. XIII. Quaestionum Scaevolae (Meermann. Thes. II. p. 524.). L. 2. de adm. L. 15. si quis cautionibus.

Hingegen nach Beendigung derselben (post depositum officium) findet eine noch viel vollständigere Uebertragung Statt. Jetzt braucht nämlich der Vormund aus den von ihm eingegangenen Geschäften nicht blos die actio nicht selbst zu übernehmen, sondern er braucht auch den Pflegling nicht mehr gegen dieselbe zu defendiren, vielmehr fällt diese Defensio dem Nachfolger des Vormundes oder dem Pflegling selbst oder dessen Erben, kurz demjenigen zur Last, welchem die Tutel restituirt wird (10).

Nach Analogie dieses Satzes hat Justinian die allgemeine Regel aufgestellt, daß durch Handlungen welche der Vormund für den Pupillen aus Amtspflicht vornimmt, sei es nun in Form der gestio oder der Auctoritas oder des Consenses, die eigenen Rechte des Vormundes gar kein Präjudiz erleiden. Wenn also der Vormund im Testament seiner Mutter präterirt, sein Bruder, dessen Tutor er ist, dagegen eingesetzt war und er diesem Auctoritas zur Antretung der Erbschaft ertheilt, so verliert er dadurch seine querela inofficiosi nicht, weil die in der Antretung der Erbschaft liegende Anerkennung des letzten Willens nicht aus freier Ueberlegung, sondern blos aus Amtspflicht geschehen ist. Umgekehrt wenn er ein Testament im Namen seines Pupillen als inofficios oder verfälscht ansicht, so büßt er die ihm selber darin hinterlassenen Vermächtnisse nicht ein, während den Pupillen,

(10) L. 26. C. de adm. (Justinian 531) Invenimus autem generaliter definitum, post officium depositum omnes actiones, quas tutor vel curator ex necessitate officii subierit, in quondam pupillum vel adultum transferri.

der durch seinen Tutor accusirt, allerdings diese Strafe trifft: „adeo ille est accusatoris defensor et quasi patronus" (12). Auch verliert der Vormund die B. P. contra tabulas liberti nicht, wenn er im Namen seines Pfleglings capitis accusatio gegen seinen eigenen libertus anstellt. Mit demselben Prinzip hängt es zusammen, daß den Vormund keine Strafen des mangelnden obsequii, der Calumnie, der Tergiversation u. s. w. treffen, wenn er aus Amtspflicht (officii necessitate) im Namen seines Pfleglings seinen eigenen Patron ohne Erlaubniß des Prätors in jus vocirt, oder eine Accusation anstellt und unterliegt, oder von einer Accusation Namens des Pupillen zurücktritt, weil dieser unterdeß mündig geworden ist (13). Eben so soll es bei Hypotheken und in allen andern Fällen gehalten werden. Der Vormund kann und soll also unbekümmert um seine eigenen Rechte seine Pflicht erfüllen, da diese hiedurch niemals afficirt werden (14).

Indeß giebt es doch auch noch im neusten Recht ausnahmsweise mehrere Fälle, in welchen selbst nach Niederlegung des vormundschaftlichen Amts die Klage nicht auf den Pflegbefohlenen transferirt, sondern immer noch gegen den Vormund selbst gerichtet wird, der dann mit der actio tutelae contraria seinen Regreß gegen den Pflegbefohlenen nimmt.

(11) L. 10. L. 30. §. 1. de inoff. test. §. 4. 5. J. eod. L. 26. C. de adm.

(12) L. 22. de his quib. ut ind.

(13) L. 22. de his quib. ut ind. L 14. ad S. C. Turpill.

(14) L. 26. C. cit. in fin. Damus igitur eis cum summa fiducia res pupillorum vel adultorum gubernare: scituris, quod lex nostra sua eis jura immutilata conservat, nihil ex hujusmodi auctoritate vel consensu praejudicii subituris.

Sie laufen insgesammt darauf hinaus, daß der Vormund sich nicht als Repräsentant des Pfleglings (ex officio) obligirt, sondern als Intercedent die Obligation auf seinen eigenen Namen übernommen hat. Dahin gehören folgende Fälle:

1) Wenn der Vormund als fidejussor für den Pflegling intercedirt hat, was allerdings sehr verschieden ist von einer Unterschrift des Contracts, die er blos als Curator leistet (15).

2) Wenn der Vormund als Expromissor für den Pflegling (16) oder späterhin durch Novation dessen Obligation zerstörte und auf sich nahm (17).

3) Wenn der Vormund auf seinen eigenen Namen ein Dahrlehn aufnahm, welches er in der Administration brauchen wollte, z. B. um ein Judicat für den Pupillen damit zu bezahlen. Dieser Fall ist nämlich von dem sehr verschieden, wenn der Creditor das Darlehn ausdrücklich zu dem Zweck dem Vormund vorstreckte, damit dieser ein Judicat des Pfleglings damit bezahlen sollte (ut in causam judicati transiret). Denn in diesem letzten Fall war allerdings der Vormund bloßer Vermittler und die condictio certi wird direct gegen den bereicherten Pflegling gegeben, im ersten aber war eine wirkliche Intercession vorhanden und die Klage kann selbst post depositum officium nicht auf den Pflegling übertragen werden (18).

(15) L. 15. C. de adm. vgl. mit L. 20. §. 1. de in rem verso.

(16) L. 4. C. si tutor interv. L. 6. de contr. tutelae.

(17) L. 5. pr. h. t. cf. Cujac. Obss. XX. 39. Giphan. Lectur. Altorph. ad L. 67. de proc. L. 3. §. 2. de adm. rer. ad civ. pert.

(18) L. 5. §. 1. h. t. Tutor qui pecuniam se soluturum cavit, in quam pater pupilli condemnatus fuerat, actionem *post*

C. Repräsentation durch widerrechtliche Handlungen.

§. 131.

Es bleibt nunmehr noch die Frage übrig (1), wieweit aus widerrechtlichen Handlungen des Vormundes eine actio oder exceptio gegen den Pflegling gegeben werden könne.

I. Allgemeine Regel ist auch hier, daß jedes Delict nur gegen den Thäter oder Theilnehmer wirken, dem unbetheiligten Dritten hingegen, selbst wenn der Thäter sein Stellvertreter wäre, nicht schaden kann. Unsere Quellen enthalten bei der Vormundschaft folgende Anwendungen dieser Regel:

A. In Beziehung auf den dolus oder fraus des Vormundes existirte schon zu Cassius Zeit die Parömie: tutoris dolum pupillo non nocere (2), oder ex dolo tutoris vel curatoris pupillum vel furiosum non teneri (3), d. h. es konnte aus dem Dolus des Vormundes nur gegen diesen selbst, nicht aber gegen den Pflegling geklagt werden. Gesetzt also, der Vormund verkauft ein Grundstück des Pupillen, welches mehreren Municipien Reallasten schuldig ist, er nennt in dem Kaufbriefe nur eins dieser Municipien, macht aber später bei genauerer Bestimmung der Kaufbedingungen aus: Al-

tutelam finitam recte recusat. Non idem in eo placuit qui suo nomine mutuam pecuniam accepit et judicatum pro pupillo fecit, nisi forte creditor ideo contraxit ut in causam judicati pecunia transiret.

(1) Die Repräsentation im Prozeß und bei Erbschaften kann nämlich erst unten in einem andern Zusammenhange deutlich werden.

(2) L. 3. h. t.

(3) L. 11. §. 6. Quod vi aut clam. L. 198. de R. J. Javolenus lib. XIII. ex *Cassio*.

les was dieser Fundus an öffentlichen Lasten, Grundzins, Indictionen, Wegebesserungen zu tragen habe, müsse der Käufer übernehmen, so hat letzterer die actio empti aus der stillschweigenden clausula doli offenbar allein gegen den Vormund, nicht gegen den Pupillen und zwar nicht blos dann, wenn der erstere selbst verkaufte, sondern auch dann, wenn er den Pupillen den Verkauf abschließen ließ und nur seine Auctoritas dazu gab. Und obgleich nach erreichter Pubertät alle andern Klagen aus der Administration des Vormundes gegen den Pflegling gegeben werden, so bleibt diese doch auf dem Vormunde haften (4).

B. Dasselbe gilt bei vis und clandestinitas des Vormundes. Gesetzt der Vormund befiehlt einem Sclaven des Pfleglings wider Wissen und Willen des Nachbars Anlagen auf dessen Eigenthum zu machen, so wird freilich der Sclav nicht bestraft, weil er in allen Dingen, die nicht geradezu Verbrechen sind, den Befehlen des Stellvertreters seines Herrn Gehorsam schuldig ist (5). Aber offenbar ist das Interdict quod vi aut clam directo jure gegen den Pupillen begründet, da der Vormund in des Dominus Namen und als dessen Vertreter den Befehl erläßt (6). Indeß geht es gegen den Dominus nur so weit, als es gegen jeden dritten Besitzer gegeben wird, nämlich ad patientiam tollendi operis et noxam. Im Uebrigen wird gegen den Pflegling das in-

(4) L. 13. §. 6. 7. de A. E. V.

(5) L. 11. §. 7. Quod vi aut clam. (Ulp. lib. 71. ad ed.) L. 157. pr. de R. J. (Ulp. lib. 70. ad ed.).

(6) L. 5. §. 10. 12. Quod vi aut cl.

terdictum directum denegirt, gegen den Vormund hingegen eine utilis actio oder utile interdictum auf vollständigen Schadenersatz gegeben (7). Ebenso wird, wenn der Tutor oder Curator einem vom Prätor (z. B. damni infecti nomine, oder aus andern Gründen) Immittirten Gewalt anthut, die actio in factum gegen den Tutor und Curator, nicht aber gegen den Pupillus oder Furiosus gegeben (8).

C. Ist der Vormund in einem Prozesse gegen seinen Pupillen einem höhern Magistratus ungehorsam, so geht die Poenalklage gegen den Tutor oder Curator, nicht gegen den Pflegling (9).

D. Für die absichtliche oder verschuldete Unerfüllbarmachung einer Obligation haftet ebenfalls der Tutor, z. B. der Pupill besitzt ein Testament, der Vormund schafft dasselbe bei Seite, um dem Interdictum de tabulis exhibendis zu entgehen, so wird er als fictus possessor zur Aestimation verurtheilt, nicht aber der Pupill (10).

E. Wenn Jemand vom Magistrat ein iniquum jus postulirt und wirklich impetrirt hat, z. B. eine Formel mit zu hoher condemnatio, so muß er sich gefallen lassen, daß in

(7) L. 11. §. 6. Quod vi aut clam.

(8) L. 17. §. 1. 2. de damno infecto. L. 1. §. 6. ne vis fiat ei.

(9) L. 1. §. 2. Si quis jus dicenti non obtemp. Si procurator tuus vel tutor vel curator jus dicenti non obtemperavit, ipse punitur, non dominus vel pupillus.

(10) L. 4. de tabb. exh. Si sint tabulae apud pupillum et dolo tutoris desierint esse: in ipsum tutorem competit Interdictum, aequum enim est, ipsum ex delicto suo teneri, non pupillum. Auf dieses Interdict bezieht sich höchstwahrscheinlich auch L. 198. de R. J. welche, gleich der L. 5. de tabb. exh. aus Ja-

gleichem Fall Jedermann gegen ihn diesen Rechtssatz retorquirt. Thut nun dieses der Vormund im Prozeß seines Pupillen, so trifft die Retorsion nur ihn selbst, nicht aber den letztern (11).

II. Unsere Regel, daß nur gegen den Vormund selbst, nicht aber gegen den Pflegling aus den Vergehen des Vormundes eine actio gegeben werden könne, hat aber zwei Modificationen:

A. Zuvörderst ist es nämlich allgemeiner Grundsatz, daß, soweit der Mündel aus dem Dolus seines Vormundes reicher ist, allerdings auch ausnahmsweise gegen ihn selbst geklagt werden könne, da Niemand eine unrechtmäßige Bereicherung behalten darf (12). Auf diese Ausnahme bezieht sich die Parömie: Dolus tutorum puero neque nocere *neque prodesse* debet (13). Da diese Verpflichtung zugleich einen ganz eigenthümlichen und selbstständigen Grund hat, so kommt es dabei auch natürlich gar nicht darauf an, ob der Vormund solvend ist oder nicht (14). Den Beweis der Bereicherung führt aber natürlich der Kläger (15).

In Gemäßheit dieses Grundsatzes wird demnach die actio de dolo oder bei bonae fidei judiciis die Contracts-

voleni lib. 13. ex Cassio entlehnt ist. Neque in interdicto (sc. de tabb. exh.) neque in ceteris causis pupillo nocere oportet dolum tutoris, sive solvendo est, sive non est.

(11) L. 3. §. 1. Quod quisq. jur. Si tamen tutor vel curator furiosi postulaverit vel adolescentis, ipse hoc edicto coërcetur.

(12) L. 51. pr. de H. P.

(13) L. 3. h. t. L. 3. §. 1. de trib. action.

(14) L. 4. §. 23. de doli exc.

(15) L. 3. h. t. in fin.

klage auf Herausgabe des durch den Dolus des Tutors gemachten Gewinns allerdings gegen den Pflegling und nur auf den Rest gegen den Vormund selbst gegeben (16).

Eben so wird die hereditatis petitio dem Substituten oder nächsten Cognaten gegen den Pupillen oder die Erben des furiosus auf Herausgabe der Bereicherung in der Hauptsache und den Früchten gegeben, welche der Pupill oder furiosus durch seinen Tutor oder Curator gemacht hat (17).

Dasselbe gilt bei der actio de peculio, wenn der Vormund das Peculium arglistiger Weise verkleinerte und das aus demselben Genommene in das patrimonium pupilli verwendete, indem hier bis soweit der Pupill als fictus possessor behandelt werden kann (18).

Eben so verhält es sich mit der tributoria actio. Schon Sabinus nämlich nahm an, daß wenn der Vormund bei der Vertheilung des Peculiums den Pupillen gegen die Grundsätze der tributoria actio, bei welcher ja eben das jus deducendi wegfällt, begünstigt hat, daß alsdann auf das minus tributum oder auf das, was dem Pupillen widerrechtlich vorbehalten ist, gegen diesen die actio tributoria gegeben werden müsse (19). Späterhin hat man aber auch in dem Fall die tributoria gegen den bereicherten Pupillen gegeben, wenn der Dolus des Vormundes darin besteht, daß er wis-

(16) L. 15. pr. de dolo. Sed et ex dolo tutoris si factus est locupletior, puto in eum dandam actionem, sicut exceptio datur. L. 13. §. 7. de A. E. V. cit.

(17) L. 3. h. t.

(18) L. 21. §. 1. de pecul. (Ulp.)

(19) L. 3. §. 1. h. t. Pap. lib. 20. Quaest.

sentlich den Sclaven mit seinem Peculium Handel treiben läßt (20).

Auch die actio depositi wird aus den Handlungen des Tutors gegen den Pupillen gegeben, soweit er reicher ist (21).

Endlich die actio in factum wegen alienatio judicii mutandi causa facta wird als utilis actio wahrscheinlich auch auf nicht mehr, als das Object der Bereicherung gegen den Pflegling gegeben (22).

B. Eine zweite Modification unserer Regel ist diese: Aristo, der unter Trajan lebte, und Pomponius nahmen an, daß der Pupill, auch ohne bereichert zu sein, aus dem Dolus und der Cura seines Vormundes condemnirt werden könne, wenn er nur die sichere Aussicht habe, das, was er auf diese Weise um des Vormundes willen bezahlen müsse, von diesem wieder zu bekommen. In Folge dieser Ansicht stellte Aristo den Satz auf: Wenn der Pflegling eine Erbschaft besitzt, der Vormund aber, welcher sie Namens des Pupillen verwaltet, dolo oder culpa Sachen daraus verloren hat, und nun der Kläger gegen den Pflegling hereditatis petitio anstellt, so kann und muß der Judex in der litis aestimatio auch die durch Schuld des Vormundes verlorenen Stücke mit anschlagen, und im Fall des Dolus des Vormundes den Kläger sogar zum jusjurandum in litem gegen den Pflegling lassen. Beides jedoch nur unter der Voraus-

(20) L. 3. §. 1. de trib. act.

(21) L. 3. in fin. h. t. Die Conception der Formel in diesem Fall erhellt aus Gajus IV. 48.

(22) Ulp. L. 10. §. 1. de alienat. jud. mut. causa.

setzung, daß der Vormund solvend, folglich im Stande ist, dem Pflegling den Schaden wieder zu erstatten. Ist der Vormund insolvend, dann, meint Pomponius, dürfe allerdings der Pupill nicht nach dem jusjurandum in litem des Klägers condemnirt werden, sonders er sei alsdann zu weiter nichts verpflichtet, als dem Kläger seine actio tutelae oder negotiorum gestorum gegen den Vormund zu cediren, worauf er absolvirt werden müsse, da dieses die allgemeine Regel bei allen Besitzern sei, die nicht wegen eigener Culpa, sondern nur als juris possessores, d. h. weil sie eine actio haben, mit der hereditatis petitio belangt werden (23). Soweit Aristo und Pomponius. **Ulpian** jedoch, dessen Ansicht im Justinianischen Recht als die herrschende betrachtet werden muß, hat die Ansicht des Pomponius, obwohl er sich wiederholt auf dieselbe beruft, etwas gemildert. Er nimmt nämlich auch für den Fall der Solvenz des Tutors die mildere Behandlung des Pupillen an, welche Pomponius nur im Fall der Insolvenz gestatten wollte, d. h. er nimmt an, daß der Pupill zwar aus dem Dolus des Tutors haften müsse, aber nicht weiter, als daß er seine actio gegen den Tutor dem Kläger cedire (24). Wir können also das Resultat des neuern

(23) Pomponius lib. XX. (richtiger lib. VIII.) epistolarum (s. Perenonius ap. Otto Thesaur. T. 1. p. 645.) in L. 61. de adm. Idem lib. 29. ad Sab. in L. 1. h. t.

(24) Ulp. lib. LXXVI. ad ed. L. 1. §. 6. Ne vis fiat. lib. XXIX. ad ed. L. 21. §. 1. de pecul. L. 3. §. 1. de trib. act. In beiden letztern Stellen wird Pomponius citirt, aber die eigene Ansicht Ulpian's (puto, — et sane hactenus tenebitur) der des Pomponius (quamvis — scripserit —) entgegengesetzt.

Rechts so zusammenfassen, daß wir sagen: Hat der Pflegling aus dem Dolus des Vormundes einen wahren Gewinn gehabt, so wird er auf Herausgabe desselben condemnirt. Hat er einen solchen nicht gehabt, so ist er blos zur Cession seiner Actio gegen den Vormund gehalten, aber Schaden oder Geldcondemnation erleidet er nicht (25).

III. Wir haben bis jetzt gesehen, wie weit aus den widerrechtlichen Handlungen des Vormundes eine Actio gegen den Pflegling gegeben wird. Zum Schluß fragt sich nun umgekehrt, ob und wieweit diesem eine exceptio aus denselben entgegenstehen kann, wenn er klagend auftritt, mit andern Worten: inwiefern er die Klagen des Pfleglings durch seinen Dolus consumirt? Da die metus exceptio schon ihrer Natur nach in rem gegeben wird, so kann diese Frage höchstens bei der doli mali exceptio zur Sprache kommen. Diese ist nun zwar nicht in rem, sondern in personam scripta, doch bedeutet dies nur so viel, daß die Person, welche den Dolus beging, darin namentlich genannt werden müsse, nicht aber: daß nur wegen des Dolus des Dominus eine exceptio gegeben werden könnte. Ein formelles Hinderniß steht also ei-

(25) L. 4. h. t. Ulp. 64. ad ed. At si extrinsecus aliquid tutor dolo admiserit, pupillo nihil nocere oportet. Nur muß man extrinsecus in dieser Stelle nicht mit Jacob Gothofred ad L. 198. de R. J. und Glück XXXI. S. 24. durch extra legitimam gestionem erklären und zwischen einem Dolus der mit der Verwaltung in Verbindung steht, oder nicht, unterscheiden; denn dann hätte Ulpian etwas sehr Triviales gesagt; sondern extrinsecus geht auf einen Dolus, welcher den Pupillen nicht bereichert, extra rationes pupilli ist, wie der Gegensatz gegen L. 3. h. t. beweist.

ner exceptio de dolo tutoris et curatoris nicht entgegen und es fragt sich demnach nur, wieweit sie aus materiellen Gründen zulässig sei. Hier kommt nun Alles darauf an, wer die Klage anstellt, gegen welche excipirt werden soll.

A. Klagt der Vormund, so muß zwischen dessen dolus praeteritus und praesens, d. h. zwischen dem Dolus vor und nach der Litiscontestation unterschieden werden. Nur wegen des letztern, nicht auch wegen des erstern ist eine exceptio möglich. Oder mit andern Worten, der Beklagte kann nicht verlangen, daß die exceptio: Si in ea re nihil dolo malo tutoris *factum sit*, sondern nur, daß die exceptio: Si in ea re nihil dolo malo tutoris *fiat* (26) bei der Conception des Judicii mit in die Formel aufgenommen werde (27). Der Grund der Unterscheidung liegt darin, daß vor der Litiscontestation die Actio noch dem Pupillen zusteht, welchem der Dolus des Tutors nicht schaden soll, während durch die Litiscontestation das dominium litis auf den Tutor übergeht (28).

(26) Vgl. die Conception der doli exceptio bei Gajus IV. §.119.

(27) Nerat. lib. 4. Membran. L. 11. pr. de doli mali exc. vgl. mit in L. 4. §. 18. eod., worin sie citirt wird.

(28) L. 11. pr. cit. Procurator agit: de dolo ipsius excipi non debet: quia aliena lis est isque rei (d. h. liti) extraneus: neque alienus dolus nocere alteri debet. Si post litem contestatam dolo quid fecerit, an exceptio eo nomine in judicium objicienda sit, dubitari potest? quia litis contestatione res procuratoris fit, eamque suo jam quodammodo nomine exequitur. Et placet, de procuratoris dolo excipiendum esse. Idem et de tutore, qui pupilli nomine aget, dicendum est. Unter dem procurator meinte Neratius übrigens einen bloßen Prozeßprocurator, nicht einen procurator omnium bonorum.

B. Klagt hingegen der Pflegling, so kann auch die exceptio: Si in ea re nihil dolo malo tutoris vel curatoris *factum sit*, ihm entgegengesetzt werden, sofern nur der Pflegling bereichert ist. Ob dagegen der Vormund solvend ist oder nicht, darauf kommt nichts an, sowie dieses ja auch bei der actio ein gleichgültiger Umstand ist. Doch muß der Tutor wirklicher administrirender Vormund gewesen sein; ein Protutor kann die Klagen des Pupillen überhaupt nicht consumiren, folglich kann auch durch seinen Dolus keine exceptio begründet werden. Aber auch bei dem Dolus des wirklichen Tutors fällt die exceptio weg, sobald der andre Contrahent mit ihm colludirte (29).

V. Administration des Vermögens der Pflegbefohlenen.

A. Von der Administration im Allgemeinen.

1. Begriff und Arten.

§. 132.

Quellen:

D. XXVI 7. De administratione (et periculo) tutorum et curatorum (qui gesserint, vel non: et de agentibus vel conveniendis uno vel pluribus.)

C. Theod. III. 30. de administratione et periculo tutorum et curatorum.

(29) L. 4. §. 23—25. de doli exc.

C. V. 37. De administratione tutorum vel curatorum et pecunia pupillari foeneranda vel deponenda.

Litteratur:

Lipenius p. 432. v. tutoris officium. Schott p. 484. 485. Senkenberg p. 403. 404. v. tutoris administratio und officium.

Außer der Geschlechtstutel (1) und den blos speciellen Vormundschaften (2) ist mit jeder Vormundschaft in der Regel (3) eine **Verwaltung des Vermögens des Pflegbefohlenen** (administratio s. gestio patrimonii s. rerum) verbunden. Von dieser Verwaltung, jedoch mit Ausschluß der Grundsätze der väterlichen und ehelichen Vormundschaft, soll gegenwärtig die Rede sein.

Jede Verwaltung eines Vermögens, so auch die vormundschaftliche, besteht im Allgemeinen aus **Amtsrechten** und **Amtspflichten** (4). Das **Amtsrecht** (jus in bonis, potestas in pecûnia, dominium in domo (5)) ist Bedingung der Rechtsbeständigkeit der Dispositionen, z. B. der Alienationen und Consumtionen, welche der Vormund in Folge seiner Verwaltung vornimmt. Dagegen die **Amtspflicht** (officium) des Vormundes ist die Bedingung der Befreiung desselben von aller Gefahr (periculum), welche die

(1) Gaj. I. 190. Thl. I. S. 57. Note 18.

(2) L. 3. C. de in lit. dando. L. 61. de jure dot. S. 265.

(3) vgl. jedoch §. 109. 110.

(4) Donellus Comm. de jure civ. III. 12. §. 2.

(5) L. 10. pr. de cur. fur. — Cic. de Inv. II. 50. de re publ. III. 33. Auct. ad Herenn. I. 13. — Cic. Tusc. disp. III. 5. vgl. Thl. I. S. 118. N. 1. S. 121. S. 137. N. 39.

Condemnation in der accusatio suscepti oder im judicium tutelae für seine Ehre und sein Vermögen nach sich ziehen würde (6). Die Amtspflicht des Vormundes kommt folglich im Vormundschaftsrecht zweimal zur Sprache, einmal in präceptiver Form bei der Verwaltung, sodann aber in den Folgen ihrer Verletzung bei der Verantwortlichkeit des Vormundes.

In Ansehung des Umfangs der Administrationsrechte und Pflichten besteht jedoch zwischen den verschiedenen Arten der Vormundschaft noch eine wichtige Verschiedenheit. Das Römische Recht unterscheidet nämlich zwischen einer vollständigen und unvollständigen Administration. Die Tutoren und Curatoren der Pupillen, ferner die Curatoren der Minderjährigen, Wahnsinnigen und Verschwender haben eine vollkommene, die curatores bonorum hingegen eine unvollkommene Verwaltung.

L. 48. h. t. (Hermog. lib. 1. juris epit.) Inter bonorum ventrisque curatorem, et inter curatorem furiosi itemque prodigi, pupillive magna est differentia: quippe cum illis quidem plena (7) rerum administratio, duobus autem superioribus sola custodia et rerum, quae deteriores futurae sunt, venditio committatur (8).

(6) L. 5. §. 8. h. t.

(7) So lesen mehrere Ausgaben und auch die Glosse Statt plene oder plane.

(8) vgl. L. 1. §. 4. de mun. Thl. I. S. 3.

2. Vollständige Administration.

§. 133.

Die allgemeinen Grundsätze über die vollständige Administration sind folgende:

I. Der gerirende Vormund des Pupillen, Minderjährigen, Wahnsinnigen und Verschwenders vertritt des Herrn Stelle (domini loco est, personam domini sustinet (1)). Er schaltet daher im Hause und über das Vermögen mit der Macht, welche der Herr hat, aber während seines jetzigen Zustandes freilich nicht ausüben kann (2). Die Sclaven sind seinen Befehlen Gehorsam schuldig (3), die Institoren und magistri navis kann er anstellen und absetzen (4). Er kann den Sclaven (und Söhnen des furiosus), die freie Administration ihrer Peculien concediren und wieder einziehen (5). Wenn gestohlene Sachen in seinen Gewahrsam zurückkommen, so erlischt die Furtivität (6) u. s. w.

II. Allein der Vormund hat diese ausgedehnte Macht nur

(1) L. 56. §. 4. de furt. adeo personam domini sustinet (curator) ut etiam tradendo rem furiosi alienare existimetur. L. 157. pr. de R. J. ignoscitur servis si vel dominis, vel his, qui vice dominorum sunt, veluti tutoribus et curatoribus obtemperaverint. L. 27. h. t.

(2) Paull. IV. 12. 7.

(3) L. 157. pr. de R. J. L. 11. §. 7. Quod vi aut clam. L. 1. §. 9. L. 2. pr. Quod jussu. L. 32. §. 3. 58. pr. h. t. L. 41. §. 10. de fid. lib. L. 1. §. 3. de tutelae.

(4) L. 1. §. 16. de exerc. act. L. 5. §. 18. de inst. act.

(5) L. 24. de pecul.

(6) L. 56. §. 4. de furt. L. 4. §. 11. de usurp. L. 215. de V. S.

nur zum Zweck einer redlichen und verständigen Administration (ad utilitatem, ex re pupilli, quum bona fide gerit, si expedit pupillo, quantum ad providentiam pupillarem(7)). Dieser Satz zeigt sich sowohl in Anwendung auf die alienatio als die gestio des Vormundes:

A. Wenn nämlich der Vormund Dispositionen über die Rechte seines Pflegbefohlenen vornimmt, so sind diese nur dann gültig, wenn sie aus einer rechtlichen und verständigen Administration hervorgehn; dann aber freilich auch ohne alle Rücksicht auf Solvenz oder Insolvenz des Vormundes, weil das eigene Interesse der Pflegbefohlenen es erfordert, daß die Administration ihrer Vormünder respectirt werde. Im entgegengesetzten Fall sind die Dispositionen dergestalt nichtig, daß durch dieselben nichts consumirt ist (8).

B. Wenn der Vormund nicht mit derselben Treue, Gewissenhaftigkeit und Sorgfalt gerirt, welche er in seinen eigenen Angelegenheiten anwendet, so macht er sich verantwortlich und kann nicht nur zum Schadensersatz condemnirt, sondern

(7) L. 7. §. 3. pro emt. tutor in re pupilli tunc domini loco habetur, cum tutelam administrat, non cum pupillum spoliat. L. 27. h. t. Tutor qui tutelam gerit, *quantum ad providentiam pupillarem* domini loco habetur. L. 11. de cur. fur. Pignus a curatore furiosi datum valet, si utilitate furiosi exigente id fecit.

(8) L. 12. §. 1. h. t. Quae bona fide a tutore gesta sunt, rata habentur etiam ex rescriptis Trajani et Hadriani: et ideo pupillus rem a tutore legitime distractam vindicare non potest. Nam et inutile est pupillis; si administratio eorum non servatur: nemine scilicet emente, nec interest, tutor solvendo fuerit nec ne: cum si bona fide res gesta est, servanda sit, si mala fide, alienatio non valeat.

auch abgesetzt werden. Das Nähere gehört zur Lehre von der Verantwortlichkeit der Vormünder.

III. Außer diesen giebt es noch folgende Beschränkungen der vormundschaftlichen Willkühr.

A. Zuvörderst ist durch **allgemeine Rechtsregeln**, im Römischen Recht durch das Edict, juristische Theorie und Constitutionen, die Art und Weise der Verwaltung näher bestimmt worden (9).

B. Der **letzte Wille des Vaters des Pupillen** kann schon nach attischem (10) und ebenso nach Römischem Recht (11) die Art der Administration näher vorzeichnen. Doch gelten dergleichen Vorschriften nur dann, wenn sie mit dem Besten des Pflegbefohlenen und mit einer verständigen Administration vereinbar sind (12). So z. B. dürfen und müssen sich die Vormünder über ein unbedingtes Veräußerungsverbot des Vaters hinweg setzen, sobald das Beste des Pupillen die Alienation erfordert (13), während sie dagegen verständige Bestimmungen des Testaments über die Bedingungen und die Art der Veräußerung zu befolgen schuldig sind (14). Ebenso wenn der letzte Wille den Vormündern vorschreibt, den Rath der Mutter oder anderer Personen bei ihrer Administration

(9) Meier und Schömann att. Prozeß. S. 294—296. L. 5. §. 7. h. t. L. 6. §. 1. C. Th. i. e. L. 24. C. h. t.

(10) Meier und Schömann att. Prozeß. S. 450. Heffter athen. Gerichtsverf. S. 383 ff.

(11) Thl. I. S. 287.

(12) L. 5. §. 7. h. t. Nemo enim jus publicum remittere potest hujusmodi cautionibus nec mutare formam antiquitus constitutam. z. B. L. 47. §. 4. h. t. vgl. S. 245. 251.

(13) L. 5. §. 9. h. t. L. 2. §. 3. Ubi pup.

(14) L. 7. C. h. t. (Alexandr. 224.).

einzuholen, so müssen sie denselben nur dann befolgen, wenn er wirklich heilsam und verständig ist (15).

C. Die ganze Verwaltung der Vormünder ist der Aufsicht der obervormundschaftlichen Behörden unterworfen und an deren Einwilligung gebunden (16). Der Grundsatz selbst findet sich schon im attischen Recht (17); eben so im Römischen bei einzelnen wichtigen Acten; am weitesten — weiter als es mit der Anforderung einer leichten, einfachen und nicht kostspieligen Verwaltung vereinbar ist — hat ihn das deutsche Recht ausgedehnt, weil nach diesem die Vormünder blos als Bevollmächtigte des Staats angesehen werden (S. 210.), welche in allen wichtigen Angelegenheiten zur Rückfrage verpflichtet sind. Hat jedoch der Erblasser den Vormund von der obervormundschaftlichen Aufsicht entbunden, was ihm nach den neuern Gesetzen bis auf einen gewissen Punct frei steht, so ist diese Aufsicht nur eine allgemeine (18).

3. Unvollkommene Administration.

§. 134.

Weit unvollkommener als die bisher beschriebenen sind nun aber die mit den Realcuratelen verknüpften Administrationen.

I. Die cura ventris et bonorum oder bonorum allein enthält nämlich blos die Befugniß und Verpflichtung,

(15) L. 5. §. 8. L. 47. §. 1. h. t.

(16) Thl. I. S. 16.

(17) Meier und Schömann alt. Proz. S. 451.

(18) Preuß. Landr. §. 679—692. Auch §. 166—168. v. Strombeck Ergänz. §. 3931—3940.

leicht verderbliche Sachen unter Zuziehung der Gläubiger zu veräußern, die drückendsten Schulden abzutragen und die Klagen durch rechtzeitige Anstellung gegen Verjährung zu schützen (1).

II. Etwas vollständiger ist die cura ex Carboniano edicto, weil sie für einen längern Zeitraum bestimmt ist, als die zuerst genannte. Dieser Curator kann und muß nämlich alle Angelegenheiten dieses Vermögens besorgen, die Klagen anstellen, die Defension übernehmen und am Ende der Verwaltung Alles dem Sieger restituiren (2).

III. Bei der cura absentis und ab hostibus capti muß die römische von der deutschen unterschieden werden. Bei jener soll der Curator darauf sehen, daß das Vermögen dem Abwesenden erhalten werde (ne in medio substantia pereat (3)). Bei dieser führt der präsumtive Erbe und Curator die Verwaltung, etwa wie der immittirte Creditor zunächst blos in seinem eigenen Interesse. Erst wenn der Abwesende zurückkehrt, ist er diesem Rechenschaft schuldig (4).

IV. Mit der cura hereditatis ist ebenfalls nur eine custodia bonorum und deminutio zum Behuf der Tilgung der drückendsten Schulden verbunden (5).

(1) Hermog. lib. 1. juris epit. L. 1. §. 4. de mun. und L. 48. h. t. (Thl. I. S. 3. und Thl. II. §. 132. a. E.) L. 1. §. 21. L. 5. §. 1. de ventre.

(2) L. 1. §. 4. de mun. L. 5. §. 1. 5. de Carb. ed.: curatorem constitui debere, qui omnia curet, actiones exerceat — bona administret et quandoque ei, qui judicio vicerit, restituat.

(3) L. 6. §. 4. de tutelis. L. 1. §. 4. de mun.

(4) Pfeiffer pract. Ausführungen. S. 248.

(5) L. 1. §. 2. de cur. bon. dand. L. 23. §. 3. de hered. inst. L. 1. §. 4. de mun.

V. Was endlich noch die cura bonorum im Concurse betrifft, so hat der administrirende Curator ganz die beschränkte Verwaltung des curator hereditatis und absentis (6). Der magister und curator ex S. C. to. hingegen hat sogar unumschränktere Administrationsrechte wie der Tutor (7). Er hat nämlich nicht blos die alienatio, sondern sogar die bonorum venditio oder distractio, d. h. das Recht und die Pflicht, das ganze Vermögen gegen Procente in Masse zu verkaufen oder zu Gelde zu machen (8). Ebenso hat er die vollständigste Legitimation zum Prozeß (9). Auch der heutige Güterpfleger im Concurse hat dieselbe ausgedehnte Vollmacht; nur ist er in allen wichtigen Fällen durch die Anordnungen des Concursgerichts und die Zustimmung der Creditoren oder eines Ausschusses derselben beschränkt (10).

B. Erhaltung, Bewirthschaftung, Erweiterung und Verwendung des Vermögens.

1. Erhaltung.

§. 135.

Betrachten wir nun die Rechte und Pflichten der Vormünder im Einzelnen, so sind zunächst alle verwaltenden Vor-

(6) Thl. I. S. 157.

(7) L. 2. §. 1. de cur. bon. dando. Quaeque per eum eosve — acta, facta gestaque sunt, rata habebuntur.

(8) L. 4. 5. de cur. bon. dando.

(9) L. 2. §. 1. L. 3. eod. L. 9. Ratam rem. hab.

(10) Linde Lehrb. des Civilproz. §. 440. Preuß. A. G. O. I. 50. §. 194—266. v. Strombeck Ergänzungen. §. 1038—1047.

münder für die Erhaltung der Substanz zu sorgen verpflichtet. Diese Pflicht umfaßt:

I. Die Sorge für die beweglichen und unbeweglichen Güter des Pflegbefohlenen:

Daher muß der Vormund unter andern die Sclaven gehörig behandeln und beaufsichtigen, damit sie nicht verwildern oder entlaufen (1), die Gebäude in baulichem Stande erhalten und deshalb unter Zuziehung von Sachverständigen dieselben besichtigen und dann die nöthigen Reparaturen an ihnen vornehmen lassen (3), die Sachen, welche, ohne zu verderben, nicht aufbehalten werden können, so schnell als möglich veräußern (4), das übrige bewegliche Vermögen aber in sichere Gewahrsam bringen (5).

II. Die Sorge für die Forderungen der Pflegbefohlenen gegen Andere. Einzelne wichtige Fälle sind:

1) Die ausstehenden Capitalien (nomina) des Mündels (6).

(1) L. 22. C. de adm.

(2) L. 22. C. de adm. et peric. nullumque aedificii genus, quod integrum hereditas dabat, collapsum tutoris fraude depereat. Sed et si parens vel ille cujuscunque heres est minor, reliquerit deformatum aedificium, tutor testificatione operis ipsius et multorum fide id reficere cogatur. Nach dem Preuß. Landr. §. 537. 538. ist richterliche Approbation nöthig.

(3) L. 7. §. 1. de adm. L 3. C. de peric. L. 22. C. de adm.

(4) L. 5. §. 9. de adm. L. 3. C. Th. de adm. Z. B. alte Kleider. Die Worte „etiam tutore vel curatore sollicito ut easdem inspiciat frequenti recognitione incolumes.“ fehlen in L. 22. C. h. t. und L. 4. C. Quando decr.

(5) §. 113. Preuß. Landr. §. 449ff.

(6) L. 15. 35. 39. §. 14. 44. 57. h. t. L. 24. C. h. t. L. 19. de tutelae. L. 2. C. arb. tut. Gesterding im Archiv für die civ. Praxis II. N. 20. S. 237 ff. Preuß. Landr. §. 455—461. Oesterr. Gesetzb. §. 236.

Der Vormund muß hier nämlich darauf sehen, daß Capital und Zinsen dem Pflegling erhalten werden. Zu diesem Ende muß er, wenn die Forderungen nicht mehr sicher stehen, das Capital sowohl wie die Zinsen von den Schuldnern zu rechter Zeit einziehen und wenn dieselben insolvend sind, sich an die Pfänder halten. Sobald der Vormund in der Einklagung der Forderungen säumig ist, muß er dem Pupillen den Verlust aus seinem eigenen Vermögen erstatten, gleichviel ob er sie selbst ausleiht, oder von einem Vorgänger überkam, vorausgesetzt, daß dieser letztere bei der Ausleihung nichts versehn hatte. Denn hatte er das Capital schlecht ausgeliehen, so muß zwar der Nachfolger im Amt auch die Forderung mit übernehmen, aber die Gefahr der schlechten Ausleihung bleibt auf dem Vorgänger haften. Ein Anderes ist es, wenn der Nachfolger die Sicherheit geprüft und gebilligt hat (nomen probat s. agnoscit). Alsdann überträgt er das periculum gänzlich auf sich und der Vorgänger wird liberirt (7).

Wie aber der Vormund gegen andere Schuldner des Pflegbefohlenen verfährt, so muß er auch gegen sich verfahren, wenn er etwa selbst Schuldner desselben sein sollte. Ja er darf gar nicht abwarten, bis ihn sein Mitvormund verklagt, sondern er muß aus freien Stücken zahlen (8). Besonders ist der Vormund dann verpflichtet, seine von dem Vater des

(7) L. 44. de adm. L. 19. de tutelae.

(8) L. 9. §. 3. de adm. Et generaliter, quod adversus alium praestare debuit pupillo suo, id adversus se quoque praestare debet: fortassis et plus: adversus alios enim experiri sine actione non potuit, adversus se potuit.

Pfleglings oder einem dritten Creditor, bei welchem derselbe sich für ihn, den Vormund, verbürgt hatte, entliehenen Capitalien zurückzuzahlen, wenn seine Umstände sich zu verschlechtern anfangen, oder wenn er sehr geringe Zinsen zahlt. Aber auch in andern Fällen ist er zur Zahlung verpflichtet, weil es dem Pupillen vortheilhafter ist, die Summe mit der actio tutelae zu fordern, als mit der einfachen Contractsklage (9). Thut er dieses nicht, so kann er wegen der Nichtzahlung mit dem tutelae judicium belangt werden, so daß alle Forderungen des Pupillen gegen den Tutor in dieses Judicium devolvirt werden.

2) Ein zweiter wichtiger Fall betrifft die Forderungen gegen die frühern oder gleichzeitigen Vormünder. Von jenen oder deren Erben muß der Vormund die Herausgabe des Vermögens fordern (tutelam in se transferre), sonst haftet er für den Ausfall (damni vicarius substituitur (10)). Auf diese muß er fleißig Acht haben, sie zur Verwaltung anhalten lassen, ihre Rechnungen inspiciren, Caution von ihnen fordern und im äußersten Fall rechtzeitig auf ihre Absetzung und Ausantwortung des Vermögens dringen (11). Läßt er sie imputabler Weise insolvend werden, so trägt er das Periculum (12), selbst wenn er nur Ehren- oder partieller Vormund ist. (§. 109. 110.)

(9) L. 9. §. 1. de adm. L. 35. §. 3. de neg. gest.

(10) L. 2. C. de tut. qui satis n. d. L. 39. §. 15. 16. h. t.

(11) L. 1. C. in quib. cas.

(12) L. 55. §. 4. h. t. desiisse solvendo esse vel non esse contutores praestare debere.

2. Bewirthschaftung.

§. 136.

Nach attischem Recht bestand die gewöhnliche Art der Bewirthschaftung darin, daß der Vormund das ganze Vermögen in einer öffentlichen Licitation unter obervormundschaftlicher Auctorität an den Meistbietenden gegen gehörige Sicherheit und gewisse Procente verpachtete (μισθοῦν, μισθοῦσθαι τὸν οἶκον (1)). Das Römische Recht hingegen unterscheidet zwischen verschiedenen Bestandtheilen des Vermögens.

I. Grundstücke kann der Vormund entweder verpachten und vermiethen, oder für Rechnung des Pupillen selbst bewirthschaften (2). In beiden Fällen muß er Sorge tragen, daß die Revenüen ordentlich eingehen. Doch darf er anrechnen, was in das Peculium des Sclaven geflossen ist, durch welchen er das Grundstück bewirthschaften ließ, vorausgesetzt, daß er keinem verschwenderischen Sclaven die Administration anvertraute (3).

II. Sclaven muß er auf die angemessene Weise beschäftigen und durch ihre operae erwerben lassen, aber nicht verkaufen, obgleich dies bei unnützen Thieren, z. B. Luxusferden (4), allerdings geschehen muß (5).

III. Handelsgeschäfte kann der Vormund durch

(1) Meier und Schömann att. Prozeß. S. 294 — 296. Heffter athen. Gerichtsverf. S. 383 ff.

(2) L. 32. §. 2. L. 46. pr. h. t. L. 3. de adm. rer. civ. Preuß. Landr. §. 531—537. Die Pacht- und Miethcontracte muß der Pflegling aushalten. Archiv für civ. Praxis. IV. 4. S. 1—5.

(3) L. 32. §. 3. eod.

(4) L. 22. C. h. t.

(5) L. 22. C. de adm.

Institoren oder magistri navis fortsetzen, oder aufgeben, jenachdem es dem Pflegling vortheilhaft ist. In jenem Fall muß er den Ertrag, in diesem das erlöste Geld mit Zinsen in Rechnung bringen. Auch Societäten kann er aufkündigen, und die Kündigung der socii annehmen, wie Justinian entschieden hat. Auf neue Handlungen, Pachtungen und überhaupt gewagte Geschäfte, darf er sich aber nicht einlassen (6).

IV. Am ausführlichsten, aber auch am schwankendsten, sind die Vorschriften über die Behandlung der Mündelgelder (pecunia pupillaris).

1) Aus älterer Zeit wird die Belegung der Capitalien der viduae und pupilli beim Aerarium, jedoch nur als eine vorübergehende patriotische Handlung, erwähnt (7).

2) Eine bleibende Regel stellte zuerst das prätorische Edict auf. Wenn nach Abzug der Schulden und Bedürfnisse des Pfleglings eine hinlängliche (8) Summe zusammengebracht werden kann, so soll dieselbe in einem Tempel deponirt werden, um bei günstiger Gelegenheit ein Grundstück dafür zu adquiriren (9). Versäumt der Vormund entweder die

(6) L. 47. §. 6. 58. pr. h. t. L. 65. §. 7. L. 7. C. pro socio (Justinian §. 31.) Preuß. Landr. §. 605—642.

(7) Liv. XXIV. 18. (ad ann. 538.) pecuniae quoque pupillares primo deinde viduarum coeptae conferri: nusquam eas tutius sanctiusque deponere credentibus, qui deferebant, quam in publica fide. inde siquid emtum paratumque pupillis ac viduis foret, a quaestore perscribebatur.

(8) Kleinere Summen werden nur im Fall der Verdächtigkeit des Vormundes deponirt. L. 5. pr. h. t.

(9) Ulp. lib. XXXV. ad ed. L. 5. pr. de adm. L. 73. de proc. L. 3. §. 2. L. 7. §. 3. L. 8. h. t.

Deposition oder den Ankauf von Grundstücken mit dem deponirten Gelde, so können zuerst seine Collegen und die sonstigen Betheiligten (10) vom Magistrat postuliren, daß er zur Deposition angehalten werde. Dieser eröffnet darauf ein Verfahren extra ordinem, in welchem er sich von der Zulässigkeit und Nothwendigkeit der Deposition überzeugt und befiehlt sodann dieselbe bei Strafe von 12 Procent Zinsen (legitimae usurae) für die Dauer der Zögerung (11). Ist aber der Vormund hartnäckig ungehorsam, so macht er sich suspect und kann removirt und anderweit bestraft werden. Auch kann er im künftigen judicium tutelae zur Zahlung von Zinsen verurtheilt werden.

Nur dann, wenn es an hinreichendem Gelde oder an Gelegenheit fehlt, Grundstücke zu adquiriren, ist der Vormund gehalten, das vorhandene Mündelgeld verzinslich auszuthun (12). Dabei muß er die Rückzahlung des Capitals dem Pupillen oder dessen Sclaven promittiren lassen und erst wenn dieses nicht thunlich ist, selber stipuliren, in welchem Fall dem Pupillen eine utilis actio gegeben wird (13). Zugleich muß er die Capitalien gegen gehörige Sicherheit (nominibus idoneis) unterbringen (14). Versäumt er die Mündelcapitalien zinstragend zu machen, so muß er dem Pflegling nicht nur aus eigenen Mitteln den entgangenen Gewinn ersetzen, sondern kann auch noch extra ordinem bestraft werden, wenn er dazu

(10) L. 3. §. 2. L. 5. pr. de adm.
(11) L. 7. §. 7. de adm.
(12) L. 8. de adm. si potuit et debuit credere.
(13) L. 9. pr. de adm.
(14) L. 50. L. 13. §. 1. h. t.

außer Stande ist (15). Beides tritt jedoch nur dann ein, wenn dem Vormund Culpa und Mora zur Last fällt (16), z. B. wenn er sein eigenes Geld unterbrachte, während er gleichzeitig das Mündelgeld ungenutzt ließ. Auch braucht der Vormund Zeit, um die günstige Gelegenheit auszukundschaften, und er kann daher erst nach Ablauf der hierzu billig zu verstattenden Frist als säumig betrachtet werden. Diese Frist (laxamentum temporis) beträgt in Rücksicht der Gelder, welche der Vormund bei der Uebernahme der Vormundschaft vorfindet, sechs (17), in Rücksicht der später eingehenden zwei Monate (18). Die Zinsen dieser Zeit hat also der künftige judex tutelae bei der Litisästimation nicht mit anzuschlagen (19).

3) Eine uns verlorene, aber von Constantin erwähnte Constitution (20) befahl nicht blos die vorhandene Baarschaft des Pupillen auf Zinsen zu legen, sondern das ganze Vermögen zu versilbern und zinstragend zu machen (21).

4) Constantin findet diese Art der Verwaltung bedenklich und verbietet daher eine solche Versilberung wieder, mit Ausnahme ganz entbehrlicher und schlechter Sachen (22).

(15) L. 49. de adm. L. 58. §. 1. 3. eod.

(16) L. 12. §. 4. 13. §. 1. h. t. L. 3. C. de usur. pup. Ueber letztere Stelle: Cujac. Obss. VIII. 30. Dirksen Civ. Abh. II. 3 S. 456.

(17) L. 15. de adm.

(18) L. 7. §. 11. eod.

(19) L. 7. §. 11. eod. idque in judicio tutelae servari solet.

(20) Haubold Diss. Histor. jur. civ. de reb. eor. Lips. 1798. 4. C. II. §. 1. p. 27—29.

(21) L. 22. C. de adm.

(22) L. 22. C. cit. Huic accedit, quod ipsius pecuniae, in qua robur omne patrimoniorum veteres posueruut, foenerandi usus vix diuturnus, vix continuus ac stabilis est: quo subsecuto, intercidente saepe pecunia, ad nihilum minorum patrimonia de-

5) Arcadius und Honorius wollen dagegen in einer Constitution vom Jahr 396, die freilich nur sehr verunstaltet in den Justinianischen Codex gekommen ist (23), folgenden Unterschied gemacht wissen. Wenn der Pflegling hinreichendes Grundeigenthum besitzt, um von den Revenüen leben zu können, so soll alles Geld deponirt und nicht eher angegriffen und umgesetzt werden, bis derselbe majorenn geworden ist. Natürlich ist dann aber auch der Vormund nicht dafür verantwortlich, daß er es ungenutzt liegen ließ (24). Wenn dagegen der Pflegling nur mäßiges Vermögen (mediocris fortuna), d. h. nur Mobilien besitzt, dann soll es bei den Regeln des prätorischen Rechts bleiben, d. h. es sollen entweder einträgliche Grundstücke gekauft, oder wenn dazu keine Gelegenheit ist, das Geld auf Zinsen gelegt werden.

6) Justinian (25) endlich — um die Gefahr, welche gewissenhafte Vormünder von der Uebernahme einer Vormundschaft abhalte, aufzuheben — stellt die allgemeine Regel auf, daß es ganz dem freien Willen des Vormundes eines Unmündigen oder Minderjährigen überlassen bleiben soll, ob er die Gelder des Mündels verzinslich ausleihen oder sicher deponiren will (26). Wählt er das Letztere, so soll der Pflegling zufrieden sein, daß ihm das Capital erhalten worden ist und nicht noch Ersatz wegen nicht gezogener Zinsen verlangen.

ducuntur. L. 25. C. de usur. Pro auro et argento et veste, facto chirographo, licitas solvi vel promitti usuras jussimus.

(23) L. 6. (4.) C. Th. i. e. L. 24. C. de adm.

(24) L. 6. pr. §. 1. C. Th. cit. . . . sine spe aliqua usurarum . . . ibi sine periculo tutoris usurae penitus non petantur.

(25) Nov. 72. c. 6—8. Auth. Novissime C. de adm.

(26) Nov. 72. c. 6.

Wählt er aber dennoch das Erstere, alsdann hat er zwar immer noch das alte laxamentum oder spatium temporis, d. h. er hat bei den zurückgezahlten Capitalien jährlich 2 Monate Frist, um sie von Neuem zu belegen und haftet während dieser 2 Monate nicht für nichtgezogene Zinsen (27), aber darin ist er übler daran als im ältern Recht, daß er in diesem Fall das ganze periculum crediti, d. h. nicht blos Culpa, sondern Casus prästiren muß (28).

Diese Vorschrift beschränkt jedoch Justinian ebenfalls auf den Fall, wenn der Unmündige oder Minderjährige Immobilien hat, von deren Revenüen er leben kann. Hat er blos bewegliches Vermögen, so soll der Vormund soviel davon auf Zinsen legen oder wenn er will auf den Ankauf einträglicher möglichst abgabenfreier Grundstücke, deren Verkäufer der Eviction wegen sicher (idoneus) ist, verwenden, als für den Haushalt des Minderjährigen erforderlich ist, das Uebrige aber gleichwohl auch in diesem Falle sicher deponiren (29).

(27) Nov. 72. c. 6. *Ἐχέτω μὲν τῶν δύο μηνῶν καθ᾽ ἕκαςον ἔτος ἐνδόσιμον, τοῦτο, ὅπερ οἱ νόμοι* laxamentum *καλοῦσιν*. Marezoll's (Archiv IX, II. S. 36ff.) Ansicht: daß der Vormund zur Compensation der Gefahr, die er trägt, jährlich 2 Monat an Zinsen lucriren solle, ist gegen L. 7. §. 4. 10. 12. L. 58. pr. de adm. vgl. Tübinger crit. Zeitschr. III. S. 27 ff. Auch bezieht sich Justinian in den Worten id quod leges laxamentum vocant ausdrücklich auf den ältern Begriff.

(28) Nov. 72. c. 6. sciat autem, crediti periculum ad ipsum omnino (*πάντως*) venturum esse. Harmenopul. *Πρόχειρον* V. 11. n. 38. *ἴςω δὲ τὸν τοῦ δανείσματος κίνδυνον ἐφ᾽ ἑαυτὸν πάντα ἐλευσόμενον*. Glossa ad Nov. 72. c. 6. cit. „periculum i. e. casum etiam fortuitum, quia culpa praecessit." Marezoll a. a. O. II. §. 3. S. 44 ff. Hasse's Culpa. §. 77. S. 382.

(29) Nov. 72. c. 7.

Bleibt aber kein Ueberschuß, sondern reicht das Geld des Mündels eben hin, um von den Zinsen ihn und die Seinigen zu ernähren, alsdann soll freilich, weil hier nichts anders übrig bleibt, der Vormund das Geld ebenso gewissenhaft und sicher, wie er es mit seinem eigenen Vermögen thut, auf Zinsen legen (30).

7) Was die heutige Anwendung dieser Römischen Vorschriften betrifft, so nimmt die Praxis auf die Novelle keine Rücksicht, der Vormund darf daher das Geld nicht deponiren, sondern muß es auf den Ankauf von Grundstücken verwenden, oder gegen pupillenmäßige Sicherheit, d. h. auf gerichtliche Hypotheken oder gegen sichere Bürgschaft, nicht gegen Wechsel oder gerichtliche Sicherheit, ausleihen, wobei er aber nicht Casus, sondern nur Culpa prästirt (31). Diese Grundsätze sind auch in die neuern Gesetzgebungen übergegangen, welche jedoch über die Sicherheit noch genauere Erfordernisse aufstellen, deren Prüfung sie meistens der Obervormundschaft oder dem Familienrath überlassen (32).

3. Erweiterung.

§. 137.

Der Vormund darf aber auch keine Gelegenheit versäu-

(30) Nov. 72. c. 8.

(31) Leyser Med. ad Pand. Vol. V. spec. CCCXXXIX. 1. 2. Mevius Tom. II. P. VII. decis. 200. Hartm. Pistoris Quaest. jur. I. 49. Glück Pand. XXX. S. 326—330.

(32) Preuß. Landr. §. 454—600. Oesterr. Gesetzb. §. 230. 235. Code civ. a. 455. 456. Bair. Landr. V. 7. Sächs. V.O. Cap. 15. §. 8—10. Würtemb. L. O. 37, 2. Staat für Vorm. Cap. 3. §. 16. Mendelssohn's Ritualges. II. 1. §. 11.

men, das Capital des Vermögens auf erlaubte Weise durch vortheilhafte Acquisitionen zu vergrößern (1). Solche Gelegenheiten bieten besonders Schenkungen und vortheilhafte Erbschaften dar, welche dem Pupillen angeboten werden.

I. Schenkungen, welche dem Pupillen oder Minderjährigen angeboten werden, darf der Vormund sich auf keine Weise entgehen lassen. Hierauf bezieht sich eine Constantinische Verordnung vom Jahr 316 oder 323, welche am ausführlichsten in einer Stelle der Vaticanischen Fragmente erhalten ist, die etwa so zu restituiren sein dürfte:

Vat. Fr. §. 249. Prima observatio est, ut quas leges indulgent condiciones pactionesque promantur, hisque penitus cognitis, vel recipiantur si complacitae sint, vel reiciantur, si sunt molestae. Sed jure rec*eptis* parendum erit, nec de*ne*gabitur officium, quin simul spes abicia*tur adi*piscendi. In ceteris sane condicionibus indefensos minores, quando *prae*stare promissa difficile est, non *minus quam majores amittendae donationis dispendium contin*git. Quorum tamen defensores, si forte per eos in obeundis donationum officiis, *quibuscum* res erit recepta, neclecta utilitas minoris probabitur, rei amissae periculum praestabunt (2). Ita familiaris dispendii metus etiam segniores ad ea conficienda ex tarditate incitabit.

Was

(1) L. 9. §. 8. 9. de adm. C. Th. h. t. und L. 21. C. de adm. die aber verschiedene Subscriptionen haben.

(2) Dieser Satz steht auch noch in L. 1. C. Th. de donat. L. 2.

Was ist es nun eigentlich, wofür die Vormünder haften sollen? Die Westgothische Interpretation erklärt die Stelle so: der Vormund solle dem Mündel den Werth der Schenkung ersetzen, wenn er die gesetzliche Form derselben nicht habe erfüllen wollen und deshalb die Schenkung nicht zur Perfection gekommen sei (3). Allein von der Form der Schenkung ist in der Constantinischen Constitution erst später die Rede, so daß auf sie das periculum tutorum unmöglich bezogen werden kann. Die Basiliken und ihre Scholien verstehen daher unter der neglecta donationum conditio richtiger die Nichterfüllung der bei der Schenkung gemachten Bedingungen. Der Vormund soll also dem Minderjährigen den Werth der Schenkung erstatten, welche diesem entgangen ist, weil jener die verabredete Bedingung nicht erfüllt hat (4). Aber dem Zusammenhange nach ist vielleicht auch von dem Falle die Rede, wo der Minderjährige auf seine eigene Hand lästige Bedingungen in das Schenkungsinstrument aufnehmen läßt, die er später nicht erfüllen kann. In diesem Fall soll der Vormund, welcher durch seine Nachlässigkeit an der Annahme so lästiger Bedingungen Schuld ist, dem Minderjährigen den Werth der Schenkung ebenfalls ersetzen (5).

(3) Interpr. ad L. 2. C. Th. de adm. Si in his, quae minoribus donari possunt, per tutoris negligentiam sive conludium donationis solemnitas impleta non fuerit, id quod minori deperierit, de proprio cogitur exsolvere. So auch Gothofred. ad h. t.

(4) Basil. T. V. p. 133. Schol. e. p. 155. Ἐὰν ἐπὶ ὅρῳ γένηται δωρεὰ πρὸς ἐλάττονα, καὶ ὁ ἐπίτροπος ἢ ὁ κουράτωρ ῥαθυμήσωσι πληρῶσαι τὴν τῆς δωρεᾶς αἵρεσιν. von Löhr Uebersicht. S. 12.

(5) Cujacius Obss. XX. 4.

II. Bei **Erbschaften**, welche dem Pflegling anfallen, hat der Vormund Folgendes zu beobachten.

A. Was die materiellen Interessen des Pflegbefohlenen betrifft, so muß er sorgfältig prüfen, ob diesem die Erbschaft Vortheil bringen wird oder nicht. In jenem Fall muß er sie behalten. Hat er dieses versäumt und die Erbschaft ist verloren gegangen, z. B. der Institutus, welcher das Fideicommiß restituiren sollte, ist ohne Substituten gestorben, folglich das Fideicommiß erloschen, so kann er als suspect postulirt werden (6) und muß künftig im judicium tutelae dem Pupillen das ganze Interesse prästiren (7). Dieses besteht in allem Schaden, welcher dem Pflegling durch die Repudiation oder Abstention erwachsen ist (quanti interfuit non fuisse abstentum). Ein Beispiel hierzu ist dieses: Jemand hat dem Vater eines Pupillen ein Grundstück verpachtet, der Vormund abstinirt den Pupillen und der Verpächter schließt nun einen neuen Pachtcontract mit einem Andern; späterhin läßt sich der Pupill gegen die Abstention restituiren. Demungeachtet bekommt der restituirte Pupill seine vollständige actio conducti auf das Interesse gegen den Verpächter nicht wieder, denn dieser hatte einen gerechten Grund dazu, das Grundstück zum zweiten Mal zu verpachten, vielmehr hat er die actio conducti nur so weit, um damit Befreiung von der actio locati zu erzwingen. Allerdings aber kann er mit der

(6) L. 3. §. 17. de susp. tut. L. 26. init. C. de adm. L. 11.

(7) L. 39. §. 3. de adm. L. 18. de auct. tut. L. 11. de B. P. de tutelae. L. 4. C. arb. tut. L. 7. §. 3. C. de cur. fur.

actio tutelae den Tutor auf das Interesse der unvorsichtigen Abstention verklagen, und dazu gehört unter andern auch der Gewinn an Früchten, welche er gezogen haben würde, wenn die Pacht des Grundstücks nicht aufgehoben worden wäre (8). So also verhält es sich, wenn die Erbschaft Vortheil gewährte. Wenn sie dagegen verschuldet ist, so muß sie der Vormund sofort repudiiren, omittiren oder den Pflegbefohlenen abstiniren (9). Thut er dieses nicht, so kann zwar der Pflegling von allen Erbschaftsgläubigern belangt werden, aber den Schaden, den er jetzt an seinem eigenen Vermögen erleidet, muß ihm der Vormund ersetzen (10). Während übrigens der Vormund deliberirt, ob er die Erbschaft für den Pupillen behalten soll oder nicht, ist jede deminutio derselben, d. h. jede Alienation und Anstellung der Klagen ohne causae cognitio und Decret des Prätors, welches nur wegen gehöriger Gründe, z. B. Schuldentilgung ertheilt wird, untersagt (11). Nach neuerm Recht muß der Vormund zweifelhafte Erbschaften cum beneficio inventarii antreten.

B. Ueber die Form der Erwerbung oder Ausschlagung gelten nachstehende Grundsätze:

1) Ist der Pflegling necessarius heres, so erwirbt er die Erbschaft ipso jure (S. 281.). Doch kann ihn der Vormund davon abstiniren und zwar selbst einseitig, da die Abstention im Grunde nur eine prätorische Restitution ist (12).

(8) L. 15. §. 9. — L. 19. pr. locati.

(9) L. 67. §. 6. de R. N. L. 11. de B. P.

(10) L. 67. §. 6. de R. N. L. 11. de B. P.

(11) L.7. pr. §.2. de jur. del.

(12) L. 67. §. 6. de R. N.

2) Ist der Pflegling voluntarius heres, so ist die cretio, aditio oder pro herede gestio unter Auctoritas des generellen oder speciellen Tutors mit voller rechtlicher Wirkung möglich (Thl. I. S. 398.). Auch kann der Vormund während der Dauer des Amts durch einen Sclaven des Pupillen die Erbschaft gültig antreten lassen (13). Hingegen selbst cerniren oder pro herede geriren kann weder der Tutor noch der curator furiosi (14). Erst Theodos und Valentinian haben eine Ausnahme dieser Regel gemacht. Wenn nämlich der Pupill noch Infans ist, so kann der Vater oder Tutor die Erbschaft allein antreten. Versäumt er dieses oder ist kein Tutor bestellt und der Pupill stirbt als Infans, so wird es so angesehen, als wäre ihm die Erbschaft überhaupt nicht deferirt gewesen (15).

3) Dagegen kann der Vater für sein Kind und der Tutor für seinen Pupillen nicht blos so lange dieser infans, sondern auch wenn er schon infantia major ist, bonorum possessio erbitten, indem diese Erbittung nach den

(13) L. 50. de A. H. S. 321. N. 6.

(14) L. 5. C. de jure del. (S. 310. N. 1.) Daher die Regel der L. 90. pr. de A. H. Per curatorem hereditatem adquiri non posse. (Th. I. S. 38.) Haloander und Contius lesen per procuratorem, was allerdings einen richtigen Sinn giebt, da außer dem Kaiser durch Procuratoren sich bei der cretio und gestio Niemand vertreten lassen kann. L. 1. §. 3. de off. proc. Caes. Doch hat die Lesart curatorem mehr äußere Autoritäten für sich. cf. Contius Subseciv. II. 17. Cujac. Obss. I. 34. Duaren. Disp. II. 27. Raevard. de auct. prud. c. 5.

(15) L. 1. C. Th. de cret. vel B. P. L. 18. §. 1–4. C. de jur. deb. Impp. Theod. et Valent. Dat. VI. Id. Nov. Ravennae Theod. XII. et Valentiniano II. A. A. Caes. 426.

Regeln des Postulirens beurtheilt werden muß (16). Dabei versteht es sich von selbst, daß es bei der Berechnung der Frist allein auf die Kunde, welche der Tutor von der Delation erhalten hat, ankommen kann (17). Wird dem Pupillen seine Kindschaft bestritten, so kann und muß ihm der Tutor die B. P. ex edicto Carboniano erbitten. Nicht so entschieden war aber die petitio des curator furiosi. Justinian erwähnt nämlich einer Controverse unter den alten Juristen über die Frage, ob der curator eines Wahnsinnigen eine diesem deferirte bonorum possessio habe erbitten können (18). Er selbst verordnet, der Curator könne weder die hereditas antreten, noch die bonorum possessio denifitiv erwerben, sondern er könne nur eine provisorische bonorum possessio in der Art agnosciren, wie sie früherhin durch ein Decret bewilligt zu werden pflegte, nur brauche er dabei

(16) L. 7. §. 1. de B. P. (Ulp. 1. ad Sab.) . . tutor pupillo et pater infanti filio bonorum possessionem petere possunt. L. 8. eod. (Paull. lib. 8. ad Plaut.). Tutor autem bonorum possessionem pupillo competentem repudiare non potest: quia tutori petere permissum est, non etiam repudiare. L. 11. eod. L. 11. de auct. tut. Gaj. lib. 15. ad ed. prov. Si ad pupillum aut furiosum B. P. pertineat, *expediendarum rerum gratia* et in agnoscenda et in repudianda bonorum possessione voluntatem tutoris curatorisque spectari debere, *placuit*: qui scilicet, siquid contra commodum pupilli furiosive fecerint, tutelae curationisque judicio tenebuntur. L. 7. C. Qui admitti. L. 65. §. 3. ad S. C. Treb.

(17) L. 7. §. 2. de B. P. Dies, quibus tutor aut pater scit, cedere placet. Cujac. Obss. XIV. 8.

(18) L. 7. §. 3. C. de cur. fur. et si curator ejus ad B. P. petendam admitti debeat — et juris auctores ex utroque latere magnum habuere certamen. vgl. Gajus. L. 11. de B. P. Papinian. L. 1. de B. P. infanti furioso.

nicht mehr die alte Form der petitio zu beobachten, sondern nur die unförmlichere Erklärung abzugeben, welche durch Constantin's Gesetz an die Stelle derselben getreten sei (19).

4) Was umgekehrt die Repudiation der bonorum possessio betrifft, so wird allerdings zunächst der Tutor oder Curator darüber vernommen, aber nur, um provisorisch das Schicksal der Erbschaft zu bestimmen (20). Hingegen eine definitive Repudiation der bonorum possessio kann weder vom Tutor (21), noch vom curator furiosi (22) allein, sondern nur vom Pupillen selbst unter Auctoritas des Tutors ausgehen, weil die Repudiation voraussetzt, daß die zu repudiirende bonorum possessio wirklich deferirt sei, die Delation derselben an den Furiosus aber erst dann erfolgt, wenn er selbst den Anfall erfährt (23). Hieraus folgt, daß, wenn der Tutor oder Curator für angemessen findet, die B. P. vorläufig auszuschlagen, der Substitut oder nächste Nachfolger cautio de restituendo an diejenigen zu leisten hat, an welche das Vermögen fällt, wenn er, der Substitut, vor dem Furiosus sterben sollte (24).

5) Was endlich fideicommissarische Erbschaf-

(19) L. 7. §. 3. C. de cur. fur.

(20) L. 1. de B. P. furioso. (Ulp.) L. 11. de auct.

(21) L. 1. §. 4. de succ. ed. Tutor impuberis an repudiare possit bonorum possessionem, videamus. Et magis est, ne possit: sed ille ex auctoritate tutoris repudiare potest. L. 8. de B. P. (Paull.) Tutor autem bonorum possessionem pupillo competentem repudiare non potest: quia tutori petere permissum est, non etiam repudiare.

(22) L. 1. §. 5. de succ. ed. Furiosi curator nequaquam poterit repudiare, quia necdum delata est.

(23) L. 1. B. P. de furioso.

(24) L. 1. h. t.

ten betrifft, so konnte die Restitution derselben wenigstens nicht unbedingt an den Tutor und Curator geschehen, indem dieselbe nicht blos aus dem Gesichtspunct einer Zahlung, sondern auch aus dem der Uebernahme von Schulden betrachtet werden muß (25), welche dem strengen Recht nach der Tutor für den Pupillen nicht eingehen kann. Man scheint vielmehr unterschieden zu haben, ob der Fiduciar freiwillig die Erbschaft antritt, oder ob er dieselbe für suspect erklärt, und deshalb die Antretung verweigert. Im ersten Fall wird man nicht leicht Restitution an den Tutor gestattet haben, weil dieser, selbst wenn der Pflegling Infans oder wahnsinnig sein sollte, sich theils durch Jussus an einen Sclaven desselben, theils durch Auctoritas helfen kann, welche letztere hier unbedenklich ist, da der Fideicommissar nichts zu reden hat. Wenn hingegen der Fiduciar nicht freiwillig antritt, so bedarf es nach dem S. C. Pegasianum ehe er zur Antretung gezwungen werden kann allererst einer Erklärung des Fideicommissars, daß er die Antretung auf seine Gefahr verlange (velle se suo periculo adiri hereditatem). Da nun diese der Pflegling, wenn er infans oder furiosus ist, nicht abgeben kann, folglich auctoritas unanwendbar ist, so kann wenigstens in diesen Fällen der Vormund allein die Antretung erzwingen. Ist der Pupill aber nicht mehr Kind, oder nicht wahnsinnig, sondern etwa blos stumm, so ist wiederum die Gestio des Vormundes unzulässig, weil er alsdann gefragt werden und we-

(25) L. 38. ad S. C. Treb. Non enim solutio est hereditatis restitutio, sed et successio, cum obligetur. L. 39. eod. Ulp. 16. ad ed. Sed nec ipsi tutori indistincte restitui potest.

nigstens durch Zeichen antworten kann (26). Justinian verordnet indeß ganz allgemein, daß im Fall der Infantia oder Abwesenheit des Pupillen dem Tutor allein und bei Wahnsinnigen dem Curator allein die dem Pflegling hinterlassene fideicommissaria hereditas restituirt werden kann, und zwar ohne daß Bürgschaft von ihm verlangt wird (27).

Nach den neuern Gesetzgebungen muß der Vormund sowohl zur Antretung, mag diese nun unbedingt oder cum beneficio inventarii geschehen, als zur Ausschlagung die Einwilligung der Obervormundschaft oder des Familienraths nachsuchen (28).

4. Verwendung.

§. 138.

Auch die Verwendung und Verausgabung des pupillarischen Vermögens (deminutio) ist dem Vormunde gestattet, soweit die Ausgaben einer verständigen Administration angemessen sind (1). Anwendungen dieses allgemeinen Grundsatzes sind folgende:

I. Ausgaben für die Person, (§. 116. 118.) den Haushalt und die Vermögensverwaltung des Pflegbefohlenen, sofern sie wirklich nöthig und nützlich sind (was allenfalls

(26) L. 65. §. 3. ad S. C. Treb. s. o.

(27) L. 7. pr. C. ad S. C. Treb.

(28) Preuß. Landr. §. 643–645. Anh. §. 165. Oesterr. G. B. §. 233. Code civ. a. 461. Würtemb. L. R. III. 21. Leonhardi Vorm. Lehre S. 103. Erfurter Pol. Ordn. bei Heinemann S. 163.

(1) L. 1. §. 7. 8. de tutelae . . si tamen ratio praestandi justa intercedat.

durch Sachverständige zu prüfen ist), muß und kann der Vormund ohne Verantwortung machen (2).

II. Die Abbezahlung der Schulden und Abgaben (3), die der Pflegling zu entrichten hat, ist eine so gute Verwendung des Vermögens, daß der Vormund vorzugsweise dazu verpflichtet ist. Nur muß er Acht haben, daß die Schuld, welche er zahlt, auch wirklich begründet sei (4). Ist sie dieses, so kann er das Gezahlte nie condiciren, mag er mit eigenem oder mit des Mündels Gelde gezahlt haben (5). Ist sie dagegen nicht begründet, so hat der tutor wenigstens dann die condictio indebiti, wenn er die Schuld im judicium tutelae nicht mit aufführt, oder wenn ihm die Auslage dort nicht durchgeht (6). Auch darf er bei der Abbezahlung von Legaten nicht versäumen, dem Pupillen cautio wegen der lex Falcidia leisten zu lassen (7). So wie der Vormund übrigens Andern zahlt, so kann und muß er auch sich selber zahlen, wenn er Creditor des Vaters des Pupillen war und Geld vorhanden ist, womit er sich bezahlt machen kann. Besonders ist er dann verpflichtet, sich selbst bezahlt zu machen, wenn seine Forderung, der Zinsen wegen, dem Pflegling drükkend ist (8). Der Form nach setzt übrigens die Zahlung keineswegs immer die Auctoritas eines Contutors voraus, viel-

(2) L. 1. §. 7—9. cit. L. 9. §. 6. 12. §. 2. h. t.

(3) z. B. des vectigal bei der Emphyteuse. L. 23. C. de adm. (Constantin. a. 333.) L. 32. §. 6. h. t.

(4) L. 13. §. 2. de adm. In solvendis legatis et fideicommissis attendere debet tutor, ne cui non debitum solvat.

(5) L. 6. §. 3. de cond. ind.

(6) L. 67. §. 1. eod.

(7) L. 1. §. 2. Si cui plus.

(8) L. 9. §. 5. de adm.

mehr kann der Vormund sich den Besitz und damit das Eigenthum ganz einfach dadurch tradiren, daß er sich gegen Quittung Geld aus der Casse des Pfleglings nimmt, oder bei Grundstücken der Pupillen und seine Dienerschaft ausziehn läßt, und darauf selbst einzieht (9).

III Schenkungen und Liberalitäten sind der Regel nach mit einer verständigen Administration unvereinbar, wenn nicht der Anstand (10) oder die verwandtschaftliche Pflicht sie rechtfertigt, oder ein nützlicher Zweck dadurch erreicht wird.

Daher kann der Vormund keine Sachen des Pflegbefohlenen an fremde Personen verschenken, und thut er es dennoch, so ist dadurch kein Eigenthum übertragen, folglich auch die Vindication des letztern nicht consumirt. Eine Ausnahme tritt nur dann ein, wenn durch die Schenkung ein besonderer Nutzen des Pflegbefohlenen erreicht werden soll, in welchem Fall aber nach Justinianischem Recht obervormundschaftliche Einwilligung erforderlich ist (11).

(9) L. 78. §. 1. de C. E. Fundum ab eo emisti, cujus filii postea tutelam administrans nequaquam accepisti possessionem. Dixi tradere *te tibi hoc modo posse*, ut pupillus et familia ejus decedat de fundo, tunc demum tu ingrediaris possessionem.

(10) L. 12. §. 3. h. t.

(11) L. 1. §. 2. de tutelae. Sed et si non mortis causa donaverit tutore auctore, idem Julianus scripsit, plerosque quidem putare, non valere donationem: et plerumque ita est. L. 22. de adm. donationes autem ab eo (tutore) factae pupillo non nocent. L. 17. de cur. fur. Gaj. lib. 5. de manum. nam in tradendo (mancipando?) ita res furiosi alienat, si id ad administrationem negotiorum pertinet: et ideo si donandi causa alienet, neque traditio quicquam

Ferner kann kein Vormund, auch der curator furiosi nicht, eine Sache des Pflegbefohlenen dediciren, denn selbst diesem steht nur die Alienation zu, welche auf verständiger Administration beruht; die Dedication ist aber eine reine Schenkung, kein Administrationsact (12).

Eben so kann der Vormund keinem Sclaven seines Pflegbefohlenen die Freiheit schenken, da auch die Manumission kein Administrationsact ist (13). Eine Ausnahme tritt ein, wenn eine justa causa manumissionis vorhanden, z. B. die Freiheit dem Sclaven durch Fideicommiß hinterlassen worden ist, weil hier die Freilassung den Character einer Zahlung hat (14). Doch bietet auch in diesen Fällen die Form bisweilen ein Hinderniß dar. Einmal nämlich kann die Manumission zwar wohl von der Frau oder dem Pupillen unter Auctoritas des Tutors, aber niemals vom Vormunde allein geschehen, weil bei legis actiones keine freie Stellvertretung zulässig ist (15). Daher war im Fall des Wahnsinns oder der Abwesenheit oder Kindheit des Pflegbefohlenen die Manumission völlig unmöglich. Doch konnte sich der agnatus furiosi dadurch helfen, daß er den Sclaven einem Dritten mancipirte und dieser ihn freiließ (16). Späterhin konnte aber nach dem S. C.

valebit, *nisi ex magna utilitate furiosi hoc cognitione Judicis faciat.* Die Interpolation der Schlußworte aus L. 1. de reb. eor. und L. 22. C. h. t. ist durch die Chronologie und den Ausdruck Judicis handgreiflich. L. 16. C. h. t.

(12) L. 12. de cur. fur.

(13) L. 17. de cur. fur. quia in administratione patrimonii manumissio non est. L. 22. Qui et a quib. vgl. Schwäb. Landr. a. 321.

(14) L. 13. de manum. L. 6. C. qui man. non poss.

(15) L. 24. de man. vind. L. 6. C. cit.

(16) L. 13. de manum. „ab agnato *tradendum* servum, ut

Vitrasianum und dessen Ausdehnung durch Pius dem Sclaven eines infans oder furiosus die Freiheit durch ein Decret des Fideicommißprätors einseitig zuerkannt werden (17). — Auf der andern Seite wurde nach der lex Aelia Sentia bei der Manumission von Seiten eines noch nicht 20jährigen Herrn der Beweis der justa causa manumissionis apud consilium gefordert und wenn dieser mißlang, die Manumission öfters abgeschlagen (18). Auch behält der per vindictam freigelassene Sclav sein Peculium nicht (19).

Auch Klagen des Pflegbefohlenen darf der Vormund nicht remittiren: durch Acceptilation schon aus formellen Gründen nicht, durch pactum aber nicht, weil dieses eine Schenkung enthalten würde. Es wird also daraus keine exceptio gegeben (20). Auch durch Transact kann der Vormund aus Liberalität an der Forderung des Pflegbefohlenen nichts schwinden lassen, widrigenfalls das ungültig Erlassene immer noch nachgefordert werden kann (21). Nur im Fall

ab eo, cui traditus esset, manumittatur." Gewiß schrieb der Jurist mancipandum, da der Freigelassene sonst nur Latinus geworden wäre.

(17) L. 30. §. 1—4. 7. de fid. lib.

(18) Beispiele in L. 25. de man. vind., wenn der Pupill den Sclaven tutoris habendi causa manumittiren will; und bei Dosith. Sentent. Hadr. ed. Böcking p. 12. (mißverstanden von Cujac. Obss. XIV. 33.), wonach ein servus actor einer erst 10jährigen pupilla nicht manumittirt werden soll, weil seine Dienste und Rechnungen vor beendigter Pupillentutel zu wichtig sind.

(19) L. 24. de man. vind. Vat. Fr. §. 261.

(20) L. 37. de pact. L. 46. §. 7. de adm. L. 22 C. de pact.

(21) L. 46. §. 7. de adm. Tutoribus concessum est, a debitoribus pupilli pecuniam exigere, ut ipso jure liberentur: non etiam donare, vel etiam demi-

des Concurses eines Schuldners des Pflegbefohlenen kann der Vormund Namens seines Pflegbefohlenen accordiren, wobei aber in Rücksicht der Berechnung der Majorität ein Tutor mehrerer oder mehrere Tutoren eines Pupillen nur für einen Kopf gezählt werden (22).

Allerdings aber darf und muß der Vormund der Mutter und den übrigen Cognaten des Pflegbefohlenen die ordentlichen jährlichen Geburtstags- und Festgeschenke übersenden, denn er würde sich verantwortlich machen, wenn er bei solchen Gelegenheiten durch ungewöhnliche Kargheit die Ehre seines Pupillen compromittirte, und die Pflichten der Cognation verletzte (23). Hingegen außerordentliche Geschenke darf er selbst den nächsten Verwandten des Pfleglings nicht schicken, z. B. darf er selbst der Mutter oder Schwester des Pupillen kein Hochzeitsgeschenk machen, weil dieses keine durch die Sitte so bestimmt vorgeschriebene und nothwendige Ausgabe sein würde, als jene munera anniversaria (24).

nuendi causa cum iis transigere: et ideo eum, qui minus tutori solvit, a pupillo in reliquum conveniri posse.

(22) L. 9. pr. de pact.

(23) L. 12. §. 3. h. t. .. sollennia munera parentibus cognatisque mittet. Sollennia munera sind die jährlich einmal wiederkehrenden anniversaria. Festus v. sollus. Serv. ad Aen. III. 301. Augustin. Serm. 186. Dahin gehören die kleineren Geschenke (cerei) an den Saturnalien. Macrob. Sat. 1. 7. Martial. epigr. lib. IV. c. 7. 10. ganz besonders aber die Geburtstagsgeschenke. Martial. VIII. 64. IX. 56. 55. Cara daret solenne tibi cognatio munus. Tertullian. de Idololatr. c. 10. Etiam strenae captandae, et septimontium et brumae, et carae cognationis honoraria exigenda omnia. Brisson. Sel. Ant. IV. 2. Klenze Familienrecht der Cognaten. S. 33.

(24) L. 13. §. 2. h. t. Nec nuptiale munus matri pupilli vel sorori mittere (debet). L. 1.

Eben so ist es eine gültige Ausgabe, wenn der Vormund eines Pupillen oder Wahnsinnigen, den Kindern, der Mutter oder Schwester, dem Patron und den in seinem Dienst beschäftigten Freigelassenen des reichen Pflegbefohlenen, die sich nicht anders ernähren können, Alimente verabreicht (25). Denn da das judicium tutelae bonae fidei ist, so kann der Pupill oder dessen Substitut gewiß keinen Ersatz dessen verlangen, was zum Unterhalt so naher Angehöriger weggegeben worden ist; im Gegentheil würde der tutor tutelae verklagt werden können, wenn er diese Pflicht unterlassen hätte. Daß bei der Alienation, wenn ihr Gegenstand ein praedium rusticum oder suburbanum ist, auctoritas und Decret hinzukommen muß, versteht sich von selbst (26).

Endlich kann der Vormund sogar den nächsten Angehörigen eine Dos und donatio propter nuptias constituiren. Dahin gehören nun die Kinder des wahnsinnigen Pflegbefohlenen unbedingt. Doch soll hier nach Justinian's Bestimmung der Betrag durch den Praefectus Urbi und in den Provinzen von den Praesides oder Bischöfen unter Zuziehung des Curators und Familienraths nach dem Stande und der Größe der Widerlage bestimmt werden (27). Hingegen bei Pupillen

§. 5. de tutelae. Sed si munus nuptiale matri pupilli miserit, non eum pupillo imputaturum Labeo scribit: nec perquam necessaria est ista muneratio. (Ulp. lib. 36. ad ed.) sed nonnullos casus posse existere, quibus sine reprehensione tutor auctor fit pupillo ad deminuendum, *decreto scilicet interveniente.*

(25) L. 12. §. 3. 13. §. 2. h. t. L. 1. §. 2. 4. 6—8. de tutelae.

(26) L. 1. §. 2. de tutelae.

(27) L. 25. C. de nupt. i. e. L. 28. C. de ep. aud.

gehört dahin nur die vollbürtige Schwester; die halbbürtige selbst dann nicht, wenn sie sich nicht anders verheirathen kann. Denn wenn gleich die lex Cincia Schenkungen zur dotis constitutio auch an Entferntere erlaubt, so enthalten sie doch eine Liberalität, die der Tutor dem künftigen Ermessen des Pupillen überlassen muß (28).

C. Veräußerung des Vermögens.

1. Geschichte der Veräußerungsverbote.

§. 139.

Quellen:

C. Theod. III. 21. (in der Turiner Handschrift, worin er allein enthalten ist 32.) De praediis minorum sine decreto non alienandis. (Wenck p. 196—200.)

D. XXVII. 9. De rebus eorum, qui sub tutela vel cura sunt, sine decreto non alienandis vel supponendis.

C. IV. 71. De praediis et aliis rebus minorum sine decreto non alienandis vel obligandis.

— 72. Quando decreto opus non est.

— 73. Si quis ignorans rem minoris esse, sine decreto comparaverit.

— 74. Si major factus alienationem factam sine decreto ratam habuerit.

Schriftsteller:

Octavii Simoncelli Calliensis Tractatus de decretis

(28) L. 12. §. 3. Vat. Fr. §. 305.

ceterisque sollennitatibus in contractibus minorum aliorumve his similium adhibendis. Col. Agr. ap. Jo. Gymnicum sub Monocerote 1584. Helmstad. 1673. 4.

Hulder. ab Eyben († 1699.) Discurs. juridicus de decreto in alienandis minorum ceterarumque his similium personarum rebus necessario (Script. jurid. ed. Argent. 1708. f. P. II. p. 369—378.).

G. Ph. von Bülow Beiträge zur Lehre von der Veräußerung der Güter pflegbefohlener Personen: Abhandl. über einzelne Materien u. s. w. Bd. I. n. 10. p. 251—270.

Chr. Gottl. Haubold. Historiae juris civilis Romani de rebus eorum, qui sub tutela vel cura sunt, sine decreto non alienandis vel supponendis Specim. I. Lips. 1798. 4. et in Opusc. acad. ed. C. F. Wenck absolv. F. C. G. Stieber Vol. II. Lips. 1829. 8.

In jeder vormundschaftlichen Verwaltung liegt zugleich ein **Veräußerungsrecht** (alienatio, distractio), welches jedoch zu verschiedenen Zeiten eine verschiedene Ausdehnung gehabt hat.

I. Nach altem Recht, d. h. nach dem Recht vor der Oratio Severi (1) hatten Vormünder mit vollständiger Administration ein sehr ausgedehntes Alienationsrecht, welches in Ansehung der cura legitima furiosi sogar schon in den zwölf

(1) L. 8. §. 1. h. t.

zwölf Tafeln anerkannt war (2), während bei unvollkommener Administration die oben (§. 134.) erwähnten Beschränkungen Statt fanden. Doch waren auch bei jenen folgende Bedingungen zur Gültigkeit erforderlich.

1) Der veräußernde Vormund mußte justus tutor s. curator sein. Veräußert ein falsus tutor oder curator irgend eine Sache des Pfleglings, sei es ein Grundstück (3), oder eine bewegliche Sache (4), oder auch nur baares Geld (5), indem er letzteres ausleiht, so ist dadurch die Vindication des Pfleglings weder ipso jure, noch per doli exceptionem consumirt. Er kann folglich die Sachen oder das Geld so lange reclamiren, als sein Eigenthum noch nicht durch den Untergang der Sache (6), oder durch die Usucapion derselben zerstört worden ist (7). Ob der falsche Vormund zugleich pro tutore die Ver-

(2) Gajus II. 64. agnatus furiosi curator rem furiosi alienare potest ex lege XII tabularum. Die Stellen s. Thl. I. S. 118. N. 1.

(3) L. 8. pr. h. t.

(4) L. 31. §. 6. de neg. gest.

(5) L. 52. pr. de pecul. (in med.)

(6) L. 47. §. 3. de adm. L. 52. pr. de pecul.

(7) L. 2. de eo qui pro tut. Si is, qui pro tutore negotia gerebat, quum tutor non esset, rem pupilli vendidit, *nec ea usucapta* est, petet eam pupillus, quamquam ei cautum est, non enim eadem hujus, quae tutoris est rerum pupilli administratio. L. 4. §. 24. de doli exc. Si is qui pro tutore negotia gerebat, rem vendiderit, *et usucapta* sit, exceptionem non nocere pupillo rem suam persequenti, etiamsi ei cautum sit, quia huic rerum pupilli administratio concessa non fuit. Obgleich die Lesart: *et usucapta sit*, die Florentina und Basil. XLI. Tit. 4. const. 4. §. 24. (Meermann. Thes. Tom. V. p. 90. *καὶ διὰ τὸ χρᾶσθαι δεσπόσῃ αὐτὸ ὁ ἀγοραστής*) für sich hat, so muß doch auch in letzterer Stelle: *nec* usucapta sit gelesen werden. vgl. Basil. Tom. V. lib. XXXVIII. Tit. 5. Schol.

waltung besorgte und ob er Caution geleistet hatte, oder nicht, sind dabei gleichgültige Umstände.

2) Die Veräußerung muß auf einer verständigen Administration beruhen (8). Wenn also der Vormund aus unnützer Liberalität (§. 138.) oder gar in unredlicher oder diebischer Absicht, indem er sie für die seinigen ausgiebt, Sachen des Pfleglings veräußert, so überträgt er das Eigenthum oder dingliche Recht ebenfalls nicht (9).

3) Es muß die gehörige Form beobachtet werden. Diese ist bei Tutoren eigentlich Auctoritas (10), doch kann ein Pupillentutor auch einseitig das Eigenthum übertragen (11). Curatoren Minderjähriger haben zwischen Consens und Gestio die Wahl (12). Bei andern Curatoren ist gewöhnlich blos gestio denkbar. Diese war bei dem curator furiosi schon in den zwölf Tafeln anerkannt (13), so daß dieser selbst mancipiren durfte (14); auf die übrigen Curatoren wurde sie erst durch die Interpretation ausgedehnt. Weitern Beschrän-

h. p. 96. „καὶ ; ἡ οὐσουκαπιτεύση αὐτὸ ὁ ἀγοραςής." Cujac. Obss. XV. 22. Unterholzner Verjährungslehre Bd I. §. 37.

(8) L. 16. C. de adm. Non omni titulo res pupilli potestatem alienandi tutores habent, sed administrationis tantum causa distrahenses — justam causam possidendi — praestant.

(9) L. 10. §. 1. de cur. fur. rem vero furiosi, si (curator) quasi suam tradat, dicendum ut non transferat dominium, quia non furiosi negotium gerens tradidit. L. 11. eod L. 7. §. 3. pro emt.

(10) L. 13. §. 2. de Public. L. 1. § 2. de tutelae.

(11) L. 7. §. 3. pro emt. L. 12. §. 1. D. 16. C. de adm. L. 67. de R. V. L. 35. de A. R. D. L. 11. §. 7. L. 16. pr. de pign. act.

(12) L. 47. pr. §. 1. de min.

(13) Gajus II. 47.

(14) L. 13. de manum. S. 379. Note 16.

fungen war aber die Veräußerung vor der Oratio Severi nicht unterworfen, denn das alte Recht und diese Oratio werden einander entgegengesetzt (15). Wenn daher einige ältere Stellen schon ein Decret (16) und eine lex als Quelle eines Veräußerungsverbots (17) oder einer Veräußerungsform (18) erwähnen, so beruht dieses auf späteren Interpolationen.

II. Allerdings ist nun aber eine solche Form der Veräußerung durch eine Oratio des Septimius Severus (19) und ein darauf erfolgtes Senatusconsult (20) vom 13ten Juni 948 oder 195 nach Christus unter dem Consulat des Scapula Tertullus und Tinejus Clemens (21) hingekommen. Ein Theil (pars Orationis Divi Severi) dieses mehrere Abschnitte des Vormundschaftsrechts umfassenden Gesetzes, nämlich der die potioris nominatio betreffende, ist uns erst durch die Vati-

(15) L. 8. §. 1. h. t. utrum *jure veteri* valebit venditio, an hanc Orationem admittemus?

(16) L. 17. de cur. fur. (Gajus) L. 1. §. 2. de tutelae verb. „decreto scilicet interveniente." (Citat aus Julian lib. XXI. Dig.)

(17) L. 13. §. 2. de Publ. in rem act. (Gajus lib. 7. ad ed. prov.) qui a pupillo emit, probare debet, tutore auctore *lege non prohibente* se emisse. Wenck's (Praef. ad Haubold. Opusc. T. II. p. 28.) Erklärung der Stelle aus Gajus II. 80. ist nämlich sehr unwahrscheinlich.

(18) L. 7. §. 1. 3. de cur. fur. (Julian. lib. XXI. Dig. s. S. 223. Note 61. S. 232. Note 4. Doch könnte hier der legitimus modus allenfalls aus Gajus II. 47. (vgl. Note 2.) erklärt werden.

(19) Paullus spricht zwar in L. 14. h. t. von einer Oratio *Divorum Principum*. Aber Caracalla wurde erst 951 (198) Mitregent. Auch spricht die Oratio immer im Singular (interdicam — censeo). Es ist also mit dieser Aeußerung nicht genau zu nehmen. cf. Wieling. Jurispr. rest. p. 112 – 118.

(20) Die Oratio wird genannt in L. 1. pr. L. 8. §. 1. h. t. Vat. Fr. §. 158. das Senatusconsult in L. 10. h. t. L. 1. 8. C. h. t. L. 3. C. si quis ignorans. L. 2. C. si adv. donationem.

(21) L. 1. §. 1. h. t.

canischen Fragmente bekannt geworden und bereits oben (S. 160. N. 3.) vorgekommen. Hierher gehört dagegen nur der in Justinian's Pandecten erhaltene und die Alienation betreffende Theil, welcher folgendermaßen lautet:

> Praeterea, Patres Conscripti, interdicam tutoribus et curatoribus, ne praedia rustica vel suburbana distrahant: nisi ut id fieret parentes testamento vel codicillis caverint. Quod si forte aes alienum tantum erit, ut ex rebus ceteris non possit exsolvi: tunc Praetor Urbanus Vir Clarissimus adeatur, qui pro sua religione aestimet, quae possint alienari obligarive debeant: manente pupillo actione, si postea potuerit probari, obreptum esse Praetori. Si communis res erit, et socius ad divisionem provocet; aut si creditor, qui pignori agrum a parente pupilli acceperit, jus exsequetur: nihil novandum censeo (22).

Dieser Theil der Oratio beschränkte also die alienatio der Vormünder in Beziehung auf praedia rustica und suburbana, das heißt in Beziehung auf das sicherste, der Feuersgefahr und andern Zerstörungen am wenigsten ausgesetzte Besitzthum der Pflegbefohlenen. Diese praedia nämlich dürfen die Vormünder nur ausnahmsweise in gewissen genau bestimmten Fällen in der bisherigen Form veräußern. Ist hingegen keine dieser Ausnahmen vorhanden, so ist jede Veräu-

(22) L. 1. §. 2. h. t. aus Ulp. XXXV. ad Ed. Die Fragmente aus Paulli lib. sing. ad Orationem Divi Severi, welche sich in den Pandecten erhalten haben (L. 2. 4. 13. h. t.) beziehen sich ebenfalls blos auf diesen Abschnitt.

ßerung nur unter den beiden Voraussetzungen erlaubt, daß erstens so viel Schulden vorhanden sind, daß sie aus dem übrigen Vermögen des Pflegbefohlenen nicht abbezahlt werden können und daß zweitens der Prätor urbanus angegangen werde und nach redlicher und unpartheiischer Vorstellung der Sache durch ein Decret bestimme, was veräußert werden könne oder verpfändet werden müsse. Fehlt es auch nur an einer dieser Bedingungen, so ist die Veräußerung nichtig, folglich die Vindication des Pfleglings ipso jure nicht consumirt.

III. Diese Oratio Severi ist nun zwar sofort durch die Interpretation der Juristen auf Vormünder großjähriger Personen (23), auf die Präsides der Provinzen (24) und den Princeps (25), und in objectiver Hinsicht auf jura praediorum, welche veräußert oder constituirt werden (26), bezogen worden. Hingegen auf andere Sachen ist sie um so weniger ausgedehnt worden, als vor Constantin den Vormündern sogar durch ein Gesetz anbefohlen war, das ganze bewegliche und unbewegliche Vermögen mit Ausnahme der praedia und mancipia rustica, zu Gelde zu machen. Nur muß man freilich unter diesem, von Constantin erwähnten Gesetze, nicht die Oratio Severi selbst verstehen (27), da diese die Veräußerung von andern Sachen nicht befahl, sondern nur

(23) L. 8. §. 1. h. t.

(24) L. 12. C. h. t.

(25) L. 2. C. Quando decreto.

(26) L. 3. §. 4. — L. 5. h. t. L. 13. C. h. t.

(27) so Cujacius Recit. sollenn. ad Cod. V. 37. Jac. Gothofr. ad L. ult. C. Theod. de adm. et peric. wegen L. 7. §. 1. de adm. die aber nur von verderblichen Sachen redet.

erlaubte (28). Vielmehr war es irgend eine spätere, wahrscheinlich erst von Constantin selbst herrührende Constitution, welche in der Turiner Handschrift fehlt, da diese hier lückenhaft ist, im Justinianischen Codex aber als aufgehoben weggelassen wurde (29).

IV. Eine sehr wichtige objective Erweiterung hat nun aber die Oratio Severi durch ein weitläuftiges Edict Constantins des Großen (Sirmii, oder wie es im Justinianischen Codex irrig heißt Constantinopoli (III.) Id. Mart. Constantino A. VII. et Constantio Caes. Coss. 326.) erlitten. Wir haben davon im Theodosischen Codex zwei Bruchstücke, nämlich die L. 1. C. Th. de in int. rest. und den Schluß der L. 3. C. Th. de adm. aus der Turiner Handschrift, im Justinianischen hingegen drei Fragmente L. 2. C. si adv. venditionem, L. 22. C. de adm. et peric. und L. 4. C. Quando decreto opus non est, und zugleich noch in den Basiliken

(28) L. 1. §. 2. *interdicam* — *nihil novandum* censeo.

(29) cf. Haubold. Opusc. II. p. 189. Erwähnt wird die Constitution in L. 3. C. Th. i. e. L. 22. C. de adm. im Anfang. „Lex quae tutores curatoresque necessitate adstrinxit, ut aurum, argentum, gemmas, vestes ceteraque mobilia pretiosa, urbana etiam praedia et mancipia domus, balnea, horrea atque omnia quae intra civitatem sunt, venderent, omniaque ad nummos redigerent, praeter praedia et mancipia rustica, multum minorum utilitati adversa est. Vielleicht könnte uns in L. 25. C. de usur. (Imp. Constantinus Aug. ad populum) ein Fragment jener verlorenen lex erhalten sein, indem es daselbst heißt: Pro *auro*, et *argento* et *veste*, facto chirographo, licitas solvi, vel promitti usuras *jussimus*. Wenck's Vermuthung (ad L. 1. C. Th. de int. rest. Not e. in fin.) steht entgegen, daß ja eben die L. 22. die Alienation von aurum u. s. w. verbot.

(Tom. V. p. 134.) eine Uebersetzung erhalten. Der Inhalt der Constitution ist dieser. Das frühere Gebot, alles Gold, Silber, Gemmen, Kleider und andere bewegliche Pretiosen, städtische Grundstücke und Sclaven, Häuser, Bäder, Scheunen und Alles, was dem Pflegling in der Stadt gehört, zu Gelde zu machen, wird gänzlich aufgehoben. Vielmehr darf der Vormund das städtische und Mobiliarvermögen des Pfleglings nur unter den Einschränkungen verkaufen, unter welchen er bisher ein praedium und mancipium rusticum verkaufen, verpfänden, zur donatio propter nuptias (30) und zur Dos machen durfte, nämlich nach vorläufiger Interposition eines Decrets auf den Grund einer so sorgfältigen Untersuchung, daß dabei kein Betrug möglich ist. — Als Gründe dieses Gesetzes führt Constantin an, daß der Pflegling ja gegen den Tutor und auch gegen seine Mutter gesetzlich sicher gestellt sei (31) und daß das Ausleihen von Capitalien sehr mißlich sei, da sich oft keine Gelegenheit finde und das Geld dann brach liege, oder der Schuldner wohl gar in Concurs gerathe (32). — Nur abgetragene und verdorbene Kleider und überflüssige Thiere, z. B. Luxuspferde, soll der Vormund ausnahmsweise auch ohne Decret veräußern dürfen (33). — Eine

(30) so der Just. Codex in L. 22. C. de adm. Der Name donatio propter nuptias muß freilich interpolirt sein. vgl. L. 20. C. de don. ante nupt.

(31) L. 22. C. verb. Lex enim — addicunt. Vielleicht stand hier ursprünglich L. 1. C. Th. de in int. rest. wonach gegen commentitiae venditiones des Vormundes Restitution und gegen Verminderung seines eigenen Vermögens interdictum fraudatorium versprochen wird.

(32) L. 22. C. verb. Huic accedit — deducuntur.

(33) L. 22. C. exceptis — potuerint.

andre Ausnahme, welche Constantin, wie es scheint, noch in einer besondern Constitution hinzufügte, nämlich, daß bei minderjährigen Frauen der Consens und die Unterschrift des Verkaufsinstrumentes von Seiten ihrer Ehemänner die Stelle des Decrets solle vertreten können, hat Julian im Jahr 362 wieder aufgehoben, so daß die Frauen in einem solchen Fall nicht auf eine Entschädigungsklage gegen ihre Männer beschränkt sind, sondern der Verkauf ipso jure null ist (34). Eine andere Aenderung in Rücksicht der genehmigenden Magistratspersonen, nämlich daß Statt des Praetor Urbanus der Praetor Constantinianus, d. h. der Prätor in Constantinopel, (in Rom that es längst der Praetor tutelaris) das Decret ertheilen soll, hat sich dagegen noch im Justinianischen Recht erhalten (35).

V. Justinian selbst fügt noch die Ausnahme hinzu, daß der Vormund ohne Decret die Sachen, welche er administrirt, zum Behuf von Prozeßcautionen für den Pflegling verpfänden darf, so daß er nicht selbst oder mit eigenem Vermögen Caution zu stellen nöthig hat (36). Auch hebt Justinian noch ausdrücklich hervor, daß dem Vormund erlaubt ist, die Revenüen, welche das Grundeigenthum oder das Vermögen des Pfleglings aufbringt, also Wein, Oel, Getraide u. s. w. zu landesüblichen Preisen zu verkaufen und das gelöste Kaufgeld

(34) L. 3. C. Th. de contr. emt. D. VIII. Id. Dec. Antiochiae, Mamertino et Nevitta Coss. (362) Die Constantinische Verordnung ist verloren.

(35) L. 2. C. Th. de praed. min. III. 21. i. e. L. 18. C. eod. (322) (und L. 17. C. de app.)

(36) L. 28. §. 3. C. de adm. (531).

auf die gewöhnliche Weise zu verwalten (37). Dagegen hat er auf der andern Seite das Verbot auch auf unkörperliche Sachen (Obligationen) ausgedehnt (38).

VI. Im deutschen Recht findet sich schon früh die Ansicht, daß Personen, welche unter ihren Jahren sind, nur in Nothfällen, z. B. wegen väterlicher Schulden, oder zur Zeit einer Hungersnoth, Sachen unter obervormundschaftlicher Genehmigung veräußern dürfen (39). Auch die Reichsgesetze verbieten dem Vormund, „die Güter seiner Pflegkinder ohne Vorwissen, Erkenntniß und Decret der Obrigkeit zu veräußern, zu verpfänden oder zu beschweren (40)." Hiernach gelten die Römischen Grundsätze nicht blos als gemeines Recht in dieser Lehre, sondern sind auch in den meisten Landesgesetzen nicht wesentlich modificirt worden (41).

2. Umfang des Veräußerungsverbotes.

§. 140.

Zunächst ist nun der Umfang des Veräußerungsverbotes in Ansehung der Personen, der Gegenstände, der Rechte und der Arten der Veräußerung zu untersuchen.

I. Als Personen, denen er die Alienation untersage,

(37) L. 28. §. 5. C. de adm. tut. (531).

(38) L. 25. 27. C. de adm. Nov. 72. c. 5. 6. 7.

(39) L. Longob. I. 29. 1. II. 29. 7. (Liutpr. IV. 1. VI. 96.). Tiraboschi Storia di Nonantola T. II. p. 152.

(40) R. P. O. 1548, 31. 3. 1577, 32. 3.

(41) Preuß. Landr. §. 550—600. Anh. §. 161—164. Oesterr. G. B. §. 232. Code civ. a. 457 ff. Sächs. V. O. Cap. 16. Würtemb. L. O. Tit. 37. Bair. Landr. 1. 7. §. 12. 13. Hannöv. Vorm. Instr. §. 36.

nennt Severus nur die Vormünder, nicht die Pflegbefohlenen selbst, von jenen aber erwähnt er beide Arten: Tutoren und Curatoren (1). Welche Tutoren und Curatoren er meine, sagt er zwar nicht ausdrücklich, aber einen wichtigen Fingerzeig für die Interpretation haben wir doch dadurch, daß die Pflegbefohlenen jener Vormünder zwei Mal als pupilli bezeichnet werden (2). Hieraus folgt nämlich, daß einerseits unter den Tutoren keine Geschlechts-, sondern nur Pupillentutoren, unter den Curatoren hingegen keine curatores furiosi, prodigi u. s. w., sondern nur Alterscuratoren gemeint sein können, unter welchen letztern man aber freilich die curatores minorum sogleich mitverstanden hat (3). Allein die Interpreten blieben bei dem Wortsinne der Oratio nicht stehen, sondern dehnten dieselbe wegen Gleichheit des Grundes auf alle übrige Vormünder großjähriger Personen (furiosi, prodigi u. s. w.) aus, wie sich denn sogar bei juristischen Personen ähnliche Grundsätze ausgebildet haben (4).

(1) L. 1. pr. §. 2. h. t. „interdicam tutoribus et curatoribus." L. 1. pr. h. t.

(2) L. 1. §. 2. h t. „manente *pupillo* actione" — und „qui pignori agrum a parente *pupilli* acceperit."

(3) L. 11. h. t. L. 2. C. de cur. fur. L. 8. §. 1. h. t. Sed si curator sit furiosi vel cujus alterius *non adolescentis* videndum est, utrum jure veteri valebit venditio, an hanc Orationem admittemus? Et puto, quia de *pupillis* Princeps loquitur et *conjunctim tutoribus curatores accipiuntur*, pertinere: et de ceteris puto ex sententia Orationis idem esse dicendum. Wahrscheinlich fehlt hinter accipiuntur ein Satz, etwa *etiam ad adultos Orationem* pertinere oder etwas Aehnliches. Conjunctim tutoribus curatores accipiuntur heißt: da in der Oratio neben den Tutoren Curatoren genannt werden.

(4) L. 8. §. 1. 11. h. t. L. 2. C. de cur. fur.

Auf die besondern persönlichen Verhältnisse des Vormundes zum Pflegbefohlenen kann dabei natürlich nichts ankommen. Wenn daher der Tutor oder Curator auch leiblicher Vater des Pflegbefohlenen sein sollte, so muß er dennoch die Form beobachten, da er selbst die Adventitien nicht frei veräußern darf; nur wird der Prätor geneigter sein müssen, dem Vater das Decret zu ertheilen, als einem Fremden, weil jener nicht leicht dem Interesse seiner Kinder entgegen handeln wird (5). — Ist aber auch den Pflegbefohlenen selbst die Alienation zugleich mit interdicirt, oder bezieht sich das Verbot blos auf die Gestio und Auctoritas oder Consens der Vormünder? Bei den meisten Pflegbefohlenen, z. B. Pupillen, Wahnsinnigen, Verschwendern u. s. w. hat diese Frage gar keinen Sinn, weil hier jede Veräußerung auch abgesehen von der Oratio Severi schon aus andern Gründen ungültig ist (S. 281.). Aber wichtig ist sie für Minorenne, zwar nicht, wenn sie einen Curator haben, denn alsdann können sie ohne dessen Consens ohnehin nicht wirksam alieniren (6), wohl aber, wenn sie entweder factisch keinen Curator haben, oder von Rechts wegen, nämlich wegen eingetretener venia aetatis, ohne einen solchen leben. Solche Minderjährige nämlich, welche venia aetatis erlangt haben, können Immobilien, bei de-

(5) L. 7. §. 2. h. t. L. 3. C. h. t.

(6) vgl. S. 286. und eine der Constitutionen, welche Bluhme Collatio Proleg. p. XXXI. aus der Handschr. von Vercelli anführt: vgl. Biener Gesch. der Nov. S. 606. XCIV. Lex 1. Imp. Antonino A. Muciano. Minor quod absque tutore vel curatore vindedit vel obligavit dum ad legitimam aetatem venerit, restituitur ei.

ren Veräußerung ein Decret nöthig ist, also auch praedia urbana(7) ohne ein solches weder veräußern noch verpfänden (8), noch zur *donatio propter nuptias* verschreiben (9), denn Constantin's Verordnung, daß eine minderjährige Frau mit Consens ihres Mannes solle verkaufen können, hat Julian wieder aufgehoben. Verschenken aber können sie ihre Immobilien selbst mit einem Decret nicht. In beiden Fällen bleibt ihnen die Vindication bis sie nach gewissen Fristen durch Verjährung ausgeschlossen wird (10). Solche Minderjährige hingegen, welche noch keine venia aetatis haben, sondern nur factisch ohne Curator leben, können seit der Oratio Severi und den spätern Gesetzen (S. 287.) sogar alle beweglichen Sachen niemals verschenken und sie selbst aus onerosen Gründen ohne Decret nicht anders veräußern, als im Fall der Noth um ihre gefangenen Aeltern loszukaufen(11).

II. Was die Sachen betrifft, deren Alienation verboten ist, so nennt die Oratio Severi *praedia rustica* vel *suburbana* als Gegenstände, welche nicht ohne Decret

(7) Cassiodor. Var. VII. 41. hat folgende Formel der venia aetatis: Atque ideo — nos quoque probabilibus desideriis licentiam non negamus — *ita, ut in alienandis rusticis vel urbanis praediis* constitutionum servetur auctoritas.

(8) L. 3. C. de his qui ven. aet. Justinian 8. Id. Apr. Decio V. C. Cons. 529.

(9) L. 3. C. si major factus al. factam. Justinian. Id. Apr. Decio V. C. Cons. 529. L. 3. C. Th. de contr. aut.

(10) L. 3. C. si major. Cf. Basil. Tom. I. p. 640. Marezoll im Archiv für civ. Pr. Bd. VIII. Nro. VII. S. 279 ff. v. Buchholtz Jurist. Abhandl. S. 253. N. 15. 258. 259. N. 30.

(11) L. 2. C. Si adv. don. L. 22. de adm. Nov. 115. c. 3. §. 13. vgl. L. 3. C. si major.

distrahirt werden können, während urbana auch ohne ein solches veräußert werden dürfen (12). Welche praedia sind nun aber rustica und suburbana, welche dagegen urbana? Nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch würde die Verschiedenheit blos auf der geographischen Lage beruhen. Praedium rusticum wäre jedes Besitzthum, z. B. jedes Haus auf dem Lande, praedium suburbanum, jede Besitzung in der Nähe der Stadt, nämlich Roms (13), praedium urbanum jedes Grundstück, innerhalb der Ringmauern Rom's, mit Ausschluß der Vorstädte oder continentia aedificia (14). Allein diese blos geographische Verschiedenheit ist bei einem Gesetze, welches die Absicht hatte, das sicherste, einträglichste und nützlichste Besitzthum auszuzeichnen, von den alten Inrerpreten mit Recht verworfen worden und sie haben den Gegensatz vielmehr in der verschiedenen Bestimmung und Benutzungsart des Grundstückes gefunden (15). Hiernach sind denn praedia rustica diejenigen, welche zum Ackerbau und zur landwirthschaftlichen

(12) L. 1. §. 2. h. t. Vat. Fragm. §. 38.

(13) Suburbana villa L 1. §. 9. Quando app. possessio. L. 41. §. 3. de leg. III. provincia (Sicilien) Florus III. 19. suburbana regio Italiae Colum. R. R. XI. 2. Plin. H. N. XIX. 3. (später Italia urbicaria v. Savigny Röm. Steuerverf. S. 22.) suburbicariae ecclesiae, regiones, partes. Rufinus hist. eccl. 1. 6. L. 9. C. Th. de ann. et trib. L. 12. C. Th. de extr. mun. L. 12. C. Th. de indulg. debit.

(14) L. 2. pr. L. 139. pr. de V. S.

(15) L. 16. C. h. t. Si praedium rusticum vel suburbanum, quod ab urbano non *loco* sed *qualitate* secernitur cet. L. 198. de V. S. . . . urbanum praedium non *locus* facit, sed *materia*. L. 166. de V. S. Urbana familia et rustica non *loco* sed *genere* distinguitur. Basil. Tom. V. p. 160. Schol. y.

Benutzung bestimmt sind, folglich einen öconomischen Ertrag geben, also Ackerland, Wiesen, Weinberge, Gärten, sofern die letztern nicht zum Vergnügen, sondern zu Wirthschaftszwecken und zum Ertrag bestimmt sind, z. B. Wein- und Küchengärten (16). Salz- und Bergwerke, Silber- und Alaungruben, Kreide- und Steinbrüche und andere dergleichen Werke können daher zwar nicht im eigentlichen Sinn praedia rustica genannt werden, weil sie keinen landwirthschaftlichen Ertrag liefern (17), aber es ist doch richtiger auch auf sie das Verbot der Oratio auszudehnen, weil es ja eben die Sicherheit und der Ertrag ist, welches Sever veranlaßte, jene Grundstücke auszuzeichnen (18). **Praedia suburbana** sind Besitzungen in (19) und vor der Stadt, welche aber einen öconomischen Ertrag abwerfen, indem die Früchte in der Stadt verkauft werden (20), welche also in dieser Beziehung ihrer geographischen Lage ungeachtet mehr Aehnlichkeit mit den rusticis haben (21). Diese Grundstücke sollen daher selbst

(16) L. 198. de V. S. horti olitorii sind nicht Oelgärten, wie Glück Pand. XXXII. S. 465. übersetzt.

(17) Varro de R. R. I. 2. Sed ut neque lapidicinae, neque arenariae ad agriculturam pertinent, sic figlinae.

(18) L. 3. §. 6. L. 4. L. 5. pr. §. 1. h. t.

(19) L. 198. de V. S. Basil. Tom. V. p. 160. Schol. y.

(20) Isidor. Orig. XVII. c. 5. Suburbanae uvae quaedam dicuntur, quia fructus eorum ad escam velut pomum in urbibus venditur.

(21) Basil. Tom. V. p. 160. Schol. y. *Τὸ προαςεῖον χωρίζεται ἀπὸ τοῦ οἴκου οὐκ ἀπὸ τῆς τοῦ τόπου θέσεως, ὅτι ἐξώκιςαι τῆς πόλεως, ἀλλ᾽ ἐκ τοῦ παρέχειν πρόσοδον. ὥστε εἰ καὶ ἐν πόλει ἐςὶ, πρόσοδον δὲ παρέχει, σουβουρβάνον λέγεται, καὶ ἔξω δὲ πόλεως εἰ ἔςιν, ἀπροσόδευτον δὲ ἔςιν τὸ οἴκημα, προς τέρψιν μόνον κατέσκευασμένον λέγεται.* Dirksen Versuche. Leipzig 1823. S. 95—103.

dann nicht ohne Decret veräußert werden, wenn sie unfruchtbar und steinig sind, da sie dadurch doch nicht allen Werth verlieren (22). Praedia urbana dagegen sind alle Gebäude, nicht blos in der Stadt, sondern auch die Ställe und sonstigen meritoria auf den Villen und Dörfern, ebenso Landhäuser, welche blos zum Vergnügen dienen. Ja auch die Gärten, welche in dem Raum dieser Gebäude befindlich sind und nichts aufbringen, sind praedia urbana (23). Diese können also auch ohne Decret veräußert werden. Den Grundstücken selbst steht übrigens das dazu gehörige Inventarium völlig gleich, so daß die urbana familia ohne Decret gültig veräußert werden konnte, die rustica mancipia hingegen nur mit einem Decret (24). Rustica familia ist aber diejenige, welche für die Landwirthschaft gebraucht wird, also z. B. auch ein dispensator, welchem die Haushalts- und Wirthschaftsrechnungen anvertraut sind, wenn er gleich nicht auf's Feld geht; urbana hingegen ist diejenige, welche das Haus und Hausgeräth zu besorgen hat (25).

(22) L. 13. pr. h. t.

(23) L. 198. de V. S. (Rescr. v. Sever und Ant.) Urbana praedia omnia aedificia accipimus, non solum ea, quae sunt in oppidis, sed et si forte stabula sunt vel alia meritoria in villis et in vicis, vel si praetoria voluptati tantum deservientia, quia urbanum praedium non locus facit, sed materia. Proinde hortos quoque, si qui sunt in aedificiis constituti, dicendum est urbanorum appellatione contineri. Plane si plurimum horti in reditu sunt, vinearii forte vel etiam olitorii, magis haec non sunt urbana. Daß die Stelle hierher gehört, beweist die Identität der Inscription mit L. 6. und 8. h. t. (Ulp. lib. 2. de omn. trib.)

(24) L. 22. C. de adm.

(25) L. 166. de V. S. Varro R. R. I. 17. L. 8. pr. L. 18. §. 9. 19. de instructo. L. 6. §. 1. C.

So blieb die Sache (26) bis das Edict Constantin's vom Jahre 326 auch das werthvollere bewegliche Besitzthum des Pfleglings, namentlich goldene und silberne Gefäße, Gemmen, Garderobe und andere kostbare Mobilien ferner praedia urbana und deren Zubehör, also Häuser, Bäder, Speicher und alles Andere, was der Pupill in der Stadt besitzt, eben so die familia urbana mit unter das Verbot zog (27). Seitdem bildet die obervormundschaftliche Einwilligung die Regel, die freie Alienation hingegen die Ausnahme, welche nur bei abgetragenen oder unbrauchbaren Kleidern, überflüssigen Thieren, z. B. Wagen- und Reitpferden, welche der Pupill nicht braucht (28) und Früchten, Wein, Oel, Getraide, um den Erlös auf Zinsen zu legen (29), Statt findet.

Die Praxis und die neuern Gesetzgebungen haben jedoch das Veräußerungsverbot nicht selten wieder auf Immobilien beschränkt. Bewegliche Sachen können dagegen, wenn sie nicht zum Andenken oder zum nothwendigen Gebrauch des Pflegbefohlenen aufzubewahren sind, freilich unter Anzeige an das obervormundschaftliche Gericht und meistens in öffentlicher Versteigerung gültig veräußert werden. Bei solchen Mobilien

de sic. nupt. Paull. III. 6. §. 43. 44. C. F. Schmid de instrumento fundi. Viteb. 1806. 4. §. VI. VII.

(26) Noch in L. 1. C. Th. de praed. min. (Peyron) ist im J. 322. nur noch von praedia und mancipia rustica die Rede.

(27) L. 3. C. Th. L. 22. C. de adm.

(28) L. 3. C. Th. i. e. L. 22. C. de adm. i. e. L. 4. C. Quando decreto opus non est (Constantin 326).

(29) L. 28. §. 5. C. de adm. tut. Justinian 531.

bilien aber, deren Aufbewahrung schwierig oder kostspielig ist, oder welche der Mode sehr unterworfen sind, ist der Vormund sogar verpflichtet, auf baldige Versteigerung anzutragen(30).

III. Wir wenden uns nunmehr zu der Frage, welche Rechte an den vorhin genannten Sachen nicht aus dem Vermögen des Pflegbefohlenen entfremdet werden dürfen.

Die Oratio Severi sowohl, als die Constitution Constantin's nennen freilich überall keine Rechte, sondern nur Sachen als Objecte der Veräußerung. Allein da die Alienation niemals eine Disposition über die Sache selbst, sondern immer nur über ein daran Statt findendes Recht, z.B. Eigenthum, Nießbrauch u. s. w. enthält, so kann hier wieder nur die im gemeinen Leben gewöhnliche Verwechselung zwischen Rechtsobject und Recht selbst vorliegen und es müssen also auch hier Rechte an praediis rusticis und den übrigen Sachen gemeint sein. Dabei versteht es sich aber von selbst, daß nur von Rechten des Pflegbefohlenen, oder von solchen Rechten, die bereits in seinem Vermögen befindlich sind, die Rede sein kann. Wenn also die Vormünder eine ihm angebotene Erbschaft omittiren oder eine ihm gegebene optio nicht ausüben, so ist beides keine Alienation (31). Fragen wir nun aber weiter, welche Rechte hierher gehören, so konnte ursprünglich offenbar nicht an Obligationen, sondern nur an

(30) Preuß. Landr. §. 439—452. 551—554. Oesterr. G. B. §. 231. Code civ. a. 452. 453. Bair. L. R. I. 7. §. 12. 13. Sächs. V. O. Cap. 16. §. 1. 2. Würtemb. L. O. Tit. 37. §. 1—3. Staat für Vorm. Cap. III. §. 4—6. Mendelssohn Ritualges. II, 1. §. 7.

(31) L. 28. pr. de V. S.

dingliche Rechte gedacht werden, da als das Object einer Obligation niemals eine Sache, sondern blos ein Rechtsgeschäft oder eine andre Handlung betrachtet werden kann. Zu diesen rechnet aber die Interpretation folgende dingliche Rechte:

A. Vollständiges Eigenthum. Ob dieses Eigenthum ungetheilt ist oder getheilt, ist gleichgültig, denn was vom Ganzen gilt, ist auch vom Theil wahr (32). Daher kann auch ein Theil *pro indiviso* nicht verpfändet oder sonst willkührlich veräußert werden (33). Dasselbe gilt von Theilung des Eigenthums in Proprietät und *jus in re* (Usufructus, Emphyteuse, Pfandrecht), denn auch in diesen Fällen kann die Proprietät nicht veräußert werden. Ebenso ändert es nichts, wenn etwa das Eigenthum widerruflich ist, denn auch dieses ist doch vorläufig quiritarisches Eigenthum des Pupillen. Wenn also der Erblasser einen Fundus des Pupillen einem Andern durch Damnationslegat oder Fideicommiß hinterlassen hat, so kann der Pupill ihn doch nicht veräußern, weil er einstweilen noch ihm gehört und er blos aus einer obligatio per aes et libram oder extraordinaria zur Uebertragung des Eigenthums verpflichtet ist. Dasselbe könnte man freilich auch glauben, wenn der Erblasser seinen eigenen Fundus auf die angegebene Weise vermacht, da auch hier das Eigenthum einstweilen auf den Erben übergeht. Allein dieser fundus war doch ursprünglich ein fundus testatoris und der Pupill ist gewissermaßen nur Vermittler des

(32) L. 7. pr. 8. §. 2. h. t. (33) L. 13. C. h. t. L. 2. C. h. t L. 17. C. h. t.

Legats, deshalb ging die Meinung der Oratio auf diesen Fall nicht (34). Aehnliche Grundsätze müssen daher auch bei Obligationen unter Lebenden eintreten. Hat der Pupill selbst gültig den Fundus einem Andern promittirt, so kann er ohne den Prätor ihn doch nicht gültig mancipiren, denn sonst könnte ja das Alienationsverbot sehr einfach dadurch umgangen werden, daß der Pupill die Sache erst blos tutore auctore verspräche und dann sein Versprechen wieder blos tutore auctore erfüllte (35). Hat hingegen schon der Erblasser des Pupillen den Fundus promittirt oder verkauft, so kann der Pupill auch ohne Decret durch Mancipation und Tradition diese Promission oder diesen Verkauf erfüllen (36). Dasselbe gilt daher auch, wenn der Erblasser einen Fundus mit dem pactum de retrovendendo acquirirt, oder in den Wiederverkauf eingewilligt hat (37).

B. Eigenthum (possessio) an Provinzialgrundstücken (praedia stipendiaria und tributaria). Die Oratio redet nur von Grundstücken unter der Jurisdiction des praetor urbanus. Daß sie aber auch auf Provinzialgrundstücke ausgedehnt ist, obgleich an diesen das quiritarische Eigenthum

(34) L. 5. §. 4. de reb. eor. Si fundus (gewiß setzte der Jurist hinzu: per damnationem) legatus vel per fideicommissum fuerit relictus Sejo a pupillo herede instituto, an tutores restituere hunc fundum possint sine auctoritate Praetoris? Et putem, si quidem rem suam legavit, cessare Orationem: sin vero de re pupilli, dicendum erit, locum esse Orationi, nec inconsulto Praetore posse alienare.

(35) L. 5. §. 5. h. t.

(36) L. 5. §. 6. 7. h. t. Ueber cetera venditionis cf. Gajus IV. 170.

(37) L. 1. C. Quando decreto. L. 2. C. de pact. int. emt.

dem populus oder dem Kaiser zusteht, dem Pupillen also nur eine Art usufructus und possessio gehören kann (38), ist nicht dem mindesten Zweifel unterworfen (39).

C. Bonitarisches Eigenthum. Wenn der Pupill wegen nicht geleisteter cautio de damno infecto in die Sache des Gegners ex secundo decreto immittirt ist, so erwirbt er dadurch bonitarisches Eigenthum an dem Gefahr drohenden Grundstück, welches sich durch Usucapion in quiritarisches verwandelt (40). Aber auch schon ehe dieses letzte geschehen ist, kann der Pupill dasselbe nicht mehr veräußern, da es schon durch die Mission ein praedium pupillare geworden ist (41).

D. Publicianisches Eigenthum. Fremde Sachen, welche der Pflegbefohlene bona fide besitzt und mithin zu usucapiren angefangen hat, können die Vormünder nicht ohne Decret veräußern (42).

(38) L. 20. de captiv. Gajus II. 7.

(39) L. 2. C. de cur. fur. L. 5. §. 12. L. 11. h. t. Vat. Fr. 295. Quapropter in his quidem, quae solo tributario consistunt, *a majore V et XX annis* in vacuam inductos possessionem hostendi convenit. Ich halte es daher für unrichtig, wenn v. Buchholtz zu dieser Stelle die Veräußerung für gültig erklärt und blos in integrum restitutio zuläßt. L. 12. C. h. t. Ob aes alienum tantum causa cognita *praesidali* decreto praedium rusticum minoris *provinciale* distrahi permittitur (Diocl.).

(40) L. 15. §. 26. 27. de damno infecto.

(41) L. 5. §. 3. h. t.

(42) L. 5. §. 2. h. t. Si pupillus alienum fundum bona fide emptum possideat, dicendum est, nec hunc alienare tutores posse: ea enim qua quasi pupillaris vero distractus est, venditio valet. Basil. Tom. V. p. 146. Sch. u. *Μήτε ἀλλότριος ἀγρὸς, ὅν πίϛει καλῇ νέμεται ὁ ἄνηβος, ἐκποιείσθω, εἰ μὴ τοῦ ἐπιτρόπου ἐϛὶν* und ebendaselbst p. 125. *Εἰ δὲ πρᾶγμα τοῦ ἐπιτρόπου ὡς ὀρ-*

E. Usus fructus. Wenn dem Pupillen bloßer Ususfructus an einem praedium zusteht, so ist zwar dieser nicht selbst ein praedium zu nennen, also im Buchstaben der Oratio nicht mit begriffen. Aber die Juristen trugen doch kein Bedenken, auch auf ihn die Oratio auszudehnen, weil er ein dingliches Recht ist, welches so gut wie das Eigenthum einen Ertrag abwirft. Hieraus folgt denn, daß wenn die Tutoren den Ususfructus 1, 2, oder nach neuerm Recht 10 und 20 Jahr nicht ausgeübt haben, er nichts desto weniger restaurirt werden muß, denn auch das Zulassen der Verjährung ist Alienation (43).

F. Emphyteuse. Auch eine dem Pupillen zustehende Emphyteuse kann nicht alienirt werden, obgleich sie nur ein jus praedii ist, also nicht eigentlich unter den Buchstaben der Oratio fällt. Daß umgekehrt ein in Erbpacht gegebenes Grundstück des Pupillen nicht alienirt werden kann, folgt nach dem Obigen schon daraus, daß er daran noch immer Eigenthum behält. Von Superficies ist in den ältern Quellen deshalb keine Rede, weil ihr Gegenstand ein praedium urbanum ist (44); seit Constantin ist aber offenbar auch sie für unveräußerlich zu achten (45).

φανικὸν ἐκποιηθῇ, ἔῤῥωται. cf. L. 10. §. 1. de cur. fur. und L. 1. C. si quis ignorant. und zur Kritik dieser Stelle Ant. Faber. Jurispr. Pap. t. XII. Pr. VII. Mat. 86. p. 911. Jac. Voorda Interpr. III. 6. p. 262. H. Noordkerk. Obss. c. 5. Püttmann Interpr. c. VII. §. 4. Jensius Stricturae p. 184. Köhler Int. II. 2. p. 6.

(43) L. 3. §. 5. h. t. L. 28. pr. de V. S.

(44) L. 3. §. 4. D. L. 13. C. h. t.

(45) L. 22. C. h. t.

G. Pfandrecht. War dem Pupillen ein Grundstück zur Fiducia gegeben, so konnte es nicht distrahirt werden, weil der Pupill daran quiritarisches Eigenthum hatte und nur aus der Fiducia auf Remancipation obligirt war. Pignus und Hypothek dagegen sind weder Eigenthum, noch dingliche Rechte in dem Sinn wie Servituten, Ususfructus, Emphyteusis; ihr Object ist nicht die Sache, sondern ein Recht, denn die distractio enthält nur eine Disposition über das letztere. Nun ist zwar auch das Recht unveräußerlich, aber doch nur das Recht des Pupillen, wenn aber die Tutoren eine dem Pupillen verpfändete Sache distrahiren, so verkaufen sie nicht das Eigenthum des Pupillen, sondern das seines Schuldners, folglich ist die Veräußerung gültig (46). Freilich wenn der Pupill sich vom Kaiser die verpfändete Sache hat zuschlagen lassen, dann können sie die Tutoren nicht veräußern, weil der Pupill durch das Rescript Eigenthum bekommen hat (47).

IV. Es ist jetzt nur noch die letzte Frage zu untersuchen übrig: welche Dispositionen über die genannten Rechte an den unveräußerlichen Sachen den Vormündern und den Pflegbefohlenen selbst untersagt sind? Aus verschiedenen Aeußerungen der Oratio hat die Interpretation die allgemeine Regel gebildet, daß jede freiwillige Alienation, welche nicht ausdrücklich vom Testator befohlen, oder etwa ausnahmsweise vom Gesetz

(46) L. 5. §. 3. h. t. Si fundus pupillo pigneratus sit, an vendere tutores? hunc enim quasi debitoris, hoc est, alienum vendunt.

(47) L. 5. §. 3. h. t.

gestattet ist, als verboten betrachtet werden müsse (48). Nähere Bestimmungen dieser Regel sind folgende.

A. Verboten ohne Decret sind nur Alienationen, d. h. totale oder partielle Veräußerungen des Eigenthums oder dinglicher Rechte des Pflegbefohlenen (49).

Daher steht es dem Vormunde frei, Sachen seines Pflegbefohlenen zu verpachten oder zu vermiethen (50), ebenso kann der Vormund ein an des Pupillen Sache bereits constituirtes Pfandrecht durch successio hypothecaria einem andern Gläubiger, der zur Abfindung des ersten Geld hergiebt, übertragen. Denn dies enthält durchaus keine Schmälerung des Eigenthums des Pupillen, vorausgesetzt, daß der Vormund dem neuen Gläubiger die Sache nicht für eine höhere Summe oder schwerere Zinsen verpfändet, sondern daß dieser genau nur in das Recht des ersten eintritt (51). Eben daher kann auch nach älterm Recht der Tutor ohne Verletzung des S. C. selbst einen Creditor des Vaters des Pupillen auskaufen und an dessen Stelle treten, bis dieses durch Justinian's Novelle verboten wurde (52).

Dagegen gehören folgende Handlungen ganz entschieden unter die Kategorie wahrer Veräußerungen:

1) Gänzliches Aufgeben des Eigenthums an einer der

(48) L. 3. §. 1. 2. h. t.

(49) L. 28. pr. de V.S. (Paull. XXI. ad ed.) L. 7. C. de reb. al. non alienand.

(50) L. 39. locati.

(51) L. 7. §. 6. h. t.

(52) L. 12, h. t. Nov. 72. pr. Auth. Minoris debitor C. Qui dare tut.

genannten Sachen des Pflegbefohlenen, in welcher Form und aus welchem Rechtsgrunde dieses auch geschehen möge (53).

2) Verpfändung (obligatio) der Sachen des Pflegbefohlenen (54) und zwar nicht blos Bestellung zum Faustpfand, sondern auch zur Hypothek, nicht blos Verpfändung solcher Sachen, welche im alleinigen Eigenthum des Pflegbefohlenen stehen, sondern auch solcher, welche er mit Andern gemeinschaftlich zu ideellen Theilen besitzt (55).

3) Bestellung eines Ususfructus, Usus, einer Servitut, eines erbpachtlichen Rechts (56) an den Sachen des Pflegbefohlenen, denn alle diese Handlungen enthalten partielle Alienationen des Eigenthums an denselben (57).

4) Aufgeben eines dem Pflegbefohlenen gehörigen jus in re aliena, also des Ususfructus, Usus, der Emphyteuse, eben so gewiß Remission des Pfandrechts. Denn diese Handlungen enthalten Alienationen eines partiellen Eigenthums, die letztere noch dazu meistens eine Schenkung (58).

B. Verboten sind jedoch nur diejenigen unter jenen Veräußerungen, welche **von dem freien Willen der Vormünder oder Pflegbefohlenen ausgehen**, nicht die, welche auf gesetzlicher Nothwendigkeit oder obrigkeitlicher Auctorität beruhen (59).

(53) L. 5. §. 2. 3. h. t.

(54) Verpfändung eigner Sachen des Vormundes ist gültig. L. 9. C. h. t.

(55) L. 7. C. de reb. al. non al. L. 1. §. 2. h. t. L. 22. C. de adm. L. 8. §. 2. h. t. L. 5. §. 10. 7. §. 5. 13. §. 1. eod. L. 2. C. eod.

(56) L. 3. §. 5. h. t.

(57) L. 7. C. de reb. alien.

(58) L. 3. §. 4. 5. h. t.

(59) L. 3. §. 1. 2. h. t. . . . non ex tutoris vel curatoris voluntate, sed ex magistratuum auctoritate . . . non sponte tutorum.

1) Einzelne Beispiele verbotener Veräußerungen sind demnach folgende:

a) Schenkungen. Ganz unabhängig von der Oratio Severi kann der Tutor oder Curator, und der Pupill, der Wahnsinnige und Verschwender, oder der Minderjährige, welcher einen Curator hat, schon nach altem Recht nichts verschenken, weil jenem die justa causa alienandi, diesem die Handlungsfähigkeit mangelt (60). Allerdings aber kann nach altem Recht ein Minderjähriger allein gültig schenken, der entweder aus Versehen oder wegen venia aetatis keinen Curator hat. Seit der Oratio Severi (61) und dem Constantinischen Edict darf indeß ein Minderjähriger mit venia aetatis wenigstens seine Immobilien, ein Minderjähriger aber, der factisch ohne Curator lebt, selbst seine erhaltbaren Mobilien nicht mehr verschenken. (S. 396.) Selbst Schenkungen an exceptae personae legis Cinciae, z. B. sponsus und sponsa machen von diesem Verbot keine Ausnahme (62).

b) Dotatio (63) und donatio ante und propter nuptias. Die alte donatio inter sponsum et sponsam übertrug das Eigenthum, und war ungültig gleich jeder andern Schenkung (64).

(60) (S. 287. 308.)

(61) L. 2. C. si adv. don. L. 4. C. si quis ignorans. L. 1. §. 2. de tutelae. L. 17. de cur. fur. L. 4. C. h. t. (woraus die von Bluhme (Prolegom. zur Collatio p. XXXI.) aus der Handschrift von Vercelli (Cod. CXXII.) mitgetheilte Constitutio Metridiati: Pupillis vel *adultis* res suas nec vendi *nec donari* vel commutari licet, nec cum fratre suo. entlehnt ist).

(62) L. 4. 8. C. h. t. Vat. Fr. §. 293.

(63) L. 22. C. de adm. Merkwürdig ist daher, daß in L. 61. §. 1. de jure dot. nur im Fall eines vorhergehenden Verkaufs ein Decret erwähnt wird. (S. 265. 266.)

(64) L. 8. C. h. t. (285.)

Die neuere donatio propter nuptias enthält keine Eigenthumsübertragung, ist aber nichts desto weniger als ungültig behandelt worden, weil sie doch nach Auflösung der Ehe auf die Frau fällt, wenn besondere Verträge geschlossen sind (65).

c) Verkauf, Vertauschung, Transact, Hingabe an Zahlung Statt (dare venditionis (66), permutationis (67), transactionis (68), in solutum dationis(69) causa) oder um eines andern Zwecks willen.

d) Repudiation eines Vindicationslegats. Auch diese enthält eine wirkliche Alienation, da nach der Sabinianischen Ansicht (70), welche in der Justinianischen Sammlung vorherrscht (71), das Eigenthum des Legats mit der Antretung der Erbschaft dem Minderjährigen schon ipso jure erworben war, mithin durch die Repudiation ein wirklich in seinem Vermögen befindliches Recht veräußert wird (72).

e) Verzicht auf eine Schenkung. Wenn der beschenkte emancipirte minderjährige Sohn durch eine bloße Urkunde (cautio) seinem Vater einen Verzicht auf eine Schenkung ausstellt, so würde dieser Verzicht an und für sich gültig sein, indem unter Aeltern und Kindern keine Förmlichkeiten

(65) L. 22. C. de adm. wo Constantin freilich noch von keiner *propter* nuptias donatio gesprochen haben kann, doch steht in manchen Ausgaben blos propter nuptias — dare. L. 3. C. si maj. factus 529. s. Marezoll im Archiv VIII. S. 279 ff.

(66) L. 9. C. h. t.

(67) L. 4. C. eod.

(68) L. 4. C. cit.

(69) L. 15. C. h. t.

(70) Gaj. II. 195.

(71) L. 81. §. 6. 86. §. 2. leg. 2.

(72) L. 5. §. 8. h. t. esse enim et hanc alienationem, *cum res sit pupilli*, nemo dubitat.

bei Schenkungen erfordert werden (73), allein da er der Oratio zuwider ist, so ist er aus diesem Grunde ungültig (74).

f) Anstellung einer Theilungsklage. Wenn die Provocation zu einer Theilungsklage von dem Pflegling selbst oder seinem Vormunde ausgeht, so ist dieses eine freiwillige und deshalb unerlaubte Veräußerung. Unmittelbare Folge davon ist, daß wenn sämmtliche Besitzer der gemeinschaftlichen Sache unmündig oder minderjährig sind, die Theilung gänzlich unterbleiben muß, weil von keiner Seite auf Theilung provocirt werden kann, gleichviel, ob sie dieselben oder verschiedene Vormünder haben (75). Es muß mithin der Socius majorenn sein, damit überall eine Theilung möglich sei (76). — Etwas ganz Anderes ist es mit der Kündigung einer Societät oder mit deren Annahme, indem diese, da sie keine Alienation enthält, dem Vormunde unbedingt erlaubt ist (77).

g) Endlich gehört auch jedes Rechtsgeschäft, durch welches jura in re constituirt oder remittirt werden, z. B. Cession und Vertrag, unter die verbotenen Veräußerungen S. 408. (78).

2) Gültig aber ist die Veräußerung allemal dann, wenn sie nicht von dem Willen des Pflegbefohlenen oder seines Vertreters ausgeht, sondern eine nothwendige Veräußerung ist (79). Die wichtigsten Fälle sind folgende:

(73) L. 4. C. Th. de donat. Vat. Fr. § 313.

(74) L. 7. C. h. t.

(75) L. 7. pr. h. t. L. 17. C. eod. Abweichend ist Preuß. Landr. §. 567. 568.

(76) L. 17. C. cit.

(77) L. 7. C. pro socio (§. 31).

(78) Ueber das Usucapionsverbot f. Unterholzner I. §. 36.

(79) L. 3. §. 1. 2. h. t.

a) „Si communis res erit et *socius* ad divisionem provocet (80)." Daß der Pflegbefohlene selbst nicht auf Auseinandersetzung einer Gemeinschaft dringen kann, ist so eben gezeigt worden. Wenn dagegen der großjährige Socius auf Theilung klagt, so bedarf es keines Decrets, weil die Veräußerung nach allgemeiner Rechtsregel nothwendig ist. Nur werden praedia pro indiviso communia vorausgesetzt. Waren sie bereits reell getheilt, oder stand dem Socius blos der Nießbrauch oder blos die Proprietät zu, so enthielt der Austausch allemal eine freiwillige und daher ungültige Veräußerung, da dem Socius in diesem Fall keine actio communi dividendo gegeben wird, indem es an einer wahren Communion fehlt (81). Auch ist nur Vertauschung oder Veräußerung des ideellen Theils zum Zweck der Auflösung der Communion, nicht aber Verpfändung erlaubt, da diese, wie gesagt, die Gemeinschaft nur noch verwickeln würde (82).

b) „Si creditor, qui pignori agrum a parente pupilli acceperit, jus *exsequetur* (83)." Gültig ist also die Zulassung des Verkaufs durch einen Creditor, dem bereits der Vater des Pflegbefohlenen die Sache verpfändete. Dieser Fall ist in der Oratio aber offenbar nur als Beispiel einer gültig geschehenen Verpfändung genannt, welche nun die Distraction als nothwendige Folge nach sich zieht, so daß nicht gerade

(80) L. 1. §. 2. h. t. Preuß. Landr. §. 566. 568. Code civ. a. 460.

(81) L. 5. §. 16. L. 6. h. t. (Ulp. 2. de omnib. trib.)

(82) L. 8. §. 2. h. t. (Ulp. eod. libro).

(83) L. 1. §. 2. h. t.

für die vom Vater geschehenen Verpfändungen ein besonderes Privilegium aufgestellt werden soll. Denn wenn der Vater als Vormund seines emancipirten Kindes dessen Grundstücke verpfänden wollte, so würde er allerdings ein Decret extrahiren müssen, wiewohl der Prätor aus Rücksicht auf sein Verhältniß zum Mündel bei Ertheilung desselben weniger schwierig sein dürfte (84). Umgekehrt, wenn nicht der Vater, sondern der Pupill selbst mit Einwilligung des Tutors und Prätors die Verpfändung vorgenommen hätte, so würde gegen die Distraction des Pfandes ebenfalls nichts einzuwenden sein, obgleich der Creditor, um ganz sicher zu gehen, sich auch in diesem Fall lieber an den Prätor wenden wird (85). Ebenso findet bei der Geltendmachung gesetzlicher Pfandrechte, z. B. wenn wegen nicht bezahlter Steuern der Präses oder Procurator auf den Verkauf pupillarischer Grundstücke dringt, der Verkauf ohne Decret Statt (86). Dasselbe gilt von der Geltendmachung richterlicher Pfandrechte, z. B. wenn der Magistrat die in causa judicati abpfändeten Sachen versteigern ließ (87), oder wenn der Prätor oder Präses, um dem durch Immission entstandenen Pfandrecht Nachdruck zu geben, ex secundo decreto immittirte (88).

(84) S. 395.

(85) L. 7. §. 1. h. t. L. 1. C. h. t. Venditio — praedii, quod jure pignoris — distractum est, ad S.C. — non pertinet. L. 2. C. eod. Die Restitution und die Klage gegen den Vormund oder Creditor bleibt aber den Pflegbefohlenen auch hier offen. L. 2. C. si adv. vend. pign. L. 1. 2. C. h. t. Vat. Fragm. §. 19. (?)

(86) L. 3. C. si propter pens. publ. (Constantin (337.)

(87) L. 7. §. 1. h. t. L. 1. C. h. t.

(88) L. 3. §. 1. h. t. . . . Sed et in possessionem mitti rerum pupillarium a Praetore quis po-

c) Hieraus ergiebt sich von selbst, daß gesetzliche und richterliche Pfandrechte auch ohne Decret gültig entstehen können (89). Wenn also z. B. ein Pupill eine Sache vom Fiscus kauft, so ist dieselbe diesem verpfändet bis das Kaufgeld bezahlt ist, während, wenn er ein Grundstück von einem Privatus, unter Vorbehalt einer Conventionalhypothek an demselben bis zur Abführung des Kaufpreises, erstände, es wenigstens immer einer kaiserlichen Confirmation des Pfandrechts bedürfen würde (90). Ebenso: wenn der Pupill mit dem Gelde eines andern Pupillen sich einen Fundus kauft, so ist derselbe dem letztern nach der Constitution Sever's und Caracalla's vollkommen gültig verpfändet, weil die Verpfändung gesetzlich also ohne Willensact des kaufenden Pupillen oder seiner Vormünder eintritt (91).

d) Ein vierter Fall nothwendiger und deshalb gültiger Alienation kann bei vormundschaftlicher Prozeßführung vorkommen. Wenn nämlich der Vormund einen Fundus seines Pupillen von einem Dritten vindicirt, der Besitzer aber will

test et jus pignoris *contrahitur*, sive legatorum, sive damni infecti et ut *procedat*, juberi etiam possideri poterit. Ut *procedat* (pignus) ist der Gegensatz von contrahitur, „um das Pfand geltend zu machen.“ Pagenstecher Adv. lib. I. c. 10. Basil. Tom. V. p. 145. Schol. l. *καὶ ἐπὶ τῷ δεσπόσαι τὸν γείτονα τοῦ οἴκου — καλῶς εἰς δευτέραν νομὴν πέμπει αὐτὸν ὁ Πραίτωρ.* Andere Erklärungen giebt Cujac. Obss. VII. 23. XXI. 16.

(89) L. 1. §. 4—5. §. 1. h. t.

(90) L. 1. § 4. L. 2. h. t. Denn das gewöhnliche Decret würde theils deshalb nicht ausreichen, weil es der Veräußerung vorangehen muß, theils deshalb nicht, weil es oft an der justa causa fehlen würde.

(91) L. 3. pr. h. t.

dem Judex nicht pariren und den Fundus nicht restituiren, so kommt es nach älterm Recht zur litis aestimatio, welche der Regel nach ganz die Natur des Kaufs hat (92). Nimmt also der klagende Vormund die Litisaestimation an, so veräußert er zugleich das Eigenthum des Fundus, die Veräußerung ist aber unbedenklich, da sie auf rechtlicher Nothwendigkeit beruht (93). — Dasselbe muß umgekehrt behauptet werden, wenn ein Dritter einen Fundus, welcher wirklich dem Pupillen gehört, vindicirt, und die Vormünder, nachdem der Judex ungerechter Weise das Eigenthum dem Pupillen aberkannt und dem Gegner zugesprochen hat, um der Litisästimation zu entgehen, denselben restituiren, denn hier ist es wegen des rechtskräftig aberkannten Eigenthums so gut, als ob der Fundus dem Pupillen gar nicht gehört hätte, folglich die Alienation unbedenklich gültig (94).

C. Ausnahmsweise können indeß sogar Veräußerungen gültig sein, welche nach dem bisherigen zu den freiwilligen und eben deshalb verbotenen würden gerechnet werden müssen.

1) Zuvörderst stellt nämlich die Oratio Severi selbst neben ihrem allgemeinen Verbot die Ausnahme auf „nisi ut id fieret, parentes testamento vel codicillis caverint." Sobald also der Vater im letzten Willen es so angeordnet hat, daß ein Grundstück u. s. w. distrahirt, verpfändet, verschenkt werden soll, so kann die Veräußerung gültig geschehen, da dieser letzte Wille sich einem Fideicommiß de re sua nä-

(92) L. 1. pro emt. Ausnahmen kommen beim fictus possessor vor.

(93) L. 3. §. 2. h. t. cf. L. 29. Fam. herc.

(94) L. 3. §. 3. h. t.

hert und auf jede Weise aufrecht erhalten werden muß. Daher kommt es auch nicht darauf an, daß es gerade der Vater ist, welcher die Veräußerung anordnet, sondern der letzte Wille jedes andern Testators, aus dessen Vermögen die Sache auf den Pflegbefohlenen vererbt wurde, verdient dieselbe Berücksichtigung (95). Vorausgesetzt wird aber allerdings, daß der Wille des Vaters oder Erblassers gewiß sei. Wenn er also über den Verkauf gewisser Sachen nichts vorschrieb, so folgt daraus, daß er selbst sie feil hatte, noch nichts, denn demungeachtet könnte der Verkauf von Seiten seiner Kinder seinem Willen völlig zuwider sein (96). Ist indeß der Wille gewiß, so kommt auf die Form desselben weiter nichts an. Wenn also in der Oratio vom Testament oder Codicillen die Rede ist, so ist dies blos beispielsweise zu verstehen. Denn wenn auch das Testament durch capitis deminutio u. s. w. ungültig werden sollte, aber ohne daß der Erblasser es widerrufen hätte, so würde dennoch die darin angeordnete Veräußerung vollkommen rechtsbeständig sein (97). Ja, wenn der Erblasser seinen Willen auch nur unter Lebenden erklärt, z. B. ein pactum de retrovendendo bei dem Ankauf des Grundstücks geschlossen, oder dasselbe einem Andern verkauft oder versprochen hätte, so würde, wie wir bereits oben sahen, gegen die Vollziehung dieser Verbindlichkeiten durch die Vormünder ebenfalls nichts zu erinnern sein (98).

2) Zu

(95) L. 3. C. Quando decr.
(96) L. 1. §. 3. h. t.
(97) L. 14. h. t.
(98) S. 403.

2) Zu dieser Ausnahme der Oratio selbst fügt Justinian noch eine zweite hinzu. Wenn nämlich die Vormünder in Prozessen für den Pupillen eine Prozeßcaution durch Pfänder stellen müssen, so sollen sie Macht haben, die unter ihrer Administration befindlichen Sachen desselben zu verpfänden (pro cautela litis subsignare (99)).

3. Bedingungen, unter welchen eine verbotene Veräußerung gültig geschehen kann.

§. 141.

Die jetzt näher bestimmten verbotenen Veräußerungen sind jedoch nicht unbedingt verboten, sondern können unter folgenden Voraussetzungen rechtsgültig vorgenommen werden:

I. Es muß eine gehörige und rechtmäßige Veranlaßung der Veräußerung (causa alienandi) vorhanden sein (1).

Die Oratio Severi selbst erlaubt eine Veräußerung und Verpfändung von praedia suburbana und rustica nur in dem einzigen Falle, „si aes alienum tantum erit, ut ex rebus ceteris non possit exsolvi"(2). Zunächst muß also eine Schuld vorhanden sein, einerlei, ob eine ererbte oder vom Pflegling selbst contrahirte, ob aus einem Privatgeschäft entstanden oder ob ein debitum fiscale (3). Sodann muß diese Schuld eine drückende für den Pflegbefohlenen sein, das

(99) L. 28. C. §. 3. de adm. tut.

(1) L. 6. 12. C. h. t.

(2) L. 1. §. 2. h. t. L. 12. C. h. t. Bas. V. p. 141. lib. XXXVIII. t. 9. const. 53. — Preuß. Landr. §. 551. 553. Oesterr. G. B. §. 232. Sächs. V. O. E. 16.

(3) L. 2. C. Theod. de praed. min. ap. Wenck p. 197—200. i. e. L. 18. C. de praed. et al. reb.

Drückende bestehe nun in dem Andringen des Gläubigers, oder in der Höhe der Zinsen, welche die Abtragung der Hauptschuld räthlich macht (4). Ferner muß es unmöglich sein, aus dem baaren Gelde des Pupillen, oder durch Eincassirung ausstehender Capitalien oder Veräußerung von aufgehäuften Früchten, kurz aus dem übrigen Vermögen des Pupillen so viel Geld herbeizuschaffen, als zur Bezahlung dieser Schuld erforderlich ist (5). Endlich muß auch die Schuld aus dem Werth dieses bestimmten Grundstücks, auf dessen Veräußerung angetragen wird, im Verhältniß stehen, sonst muß ein anderes Grundstück gewählt werden, welches weniger einträglich und werthvoll ist (6).

Als nun aber Constantin die Grundsätze der Oratio Severi auf fast alle andere Sachen des Pflegbefohlenen erweiterte, da wurde es fast unmöglich, die Erlaubniß der Veräußerung in jenen engen Grenzen festzuhalten, wiewohl er selbst dieses ausdrücklich vorschrieb (7). Denn woraus sollten z. B. Alimente und Dos der Mündel in Ermangelung baarer Geldvorräthe bestritten werden, wenn keine einzige Sache mehr, selbst unter obrigkeitlicher Zustimmung veräußert werden durfte? Aus diesem Grunde haben denn schon Honorius und Arcadius, wenn der Minderjährige keine zu seinem Unterhalt hin-

(4) L. 5. §. 9. h. t. . . . permittet distrahi, si modo urgeat creditor aut usurarum modus *parendum* aeri alieno suadeat. Basil. V. p. 126. c. 5. §. 5. *πληρῶσαι τὸ χρέος*. L. 5. §. 14. h. t. L. 18. C. L. 2. C. Th. cit.

(5) L. 5. §. 9. h. t.

(6) L. 5. §. 10. h. t.

(7) L. 3. C. Th. L. 22. C. de adm. verb.: Praecipimus — licebat.

längliche Revenüen hat, den Verkauf seines **Mobiliarvermögens** gestattet, um das Kaufgeld entweder auf einträgliche Grundstücke zu verwenden oder zinstragend zu machen (8). Ebenso erlaubt Justinian die Veräußerung der **Sachen** der Frau, um aus dem Kaufgeld eine Dos zu bestellen (9). Die neuern Gesetze haben noch in andern dringenden Fällen die Veräußerung zugelassen (10). Um bloßen Nutzens oder der Unfruchtbarkeit der Sache willen können aber selbst bewegliche Sachen nach Justinianischem Recht nicht veräußert werden (11), während die Praxis und die neuern Gesetzgebungen auch Veräußerungen aus diesem Grunde unter gewissen Einschränkungen selbst bei Grundstücken gestatten (12).

II. Außer dem Dasein einer rechtmäßigen Ursache ist auch eine causae probatio nothwendig, d. h. eine obrigkeitliche Prüfung der Statthaftigkeit der verlangten Veräußerung in gehöriger Form (13).

(8) L. 6. §. 1. C. Theod. de adm. (396) i. e. L. 24. C. eod. Nov. 72. c. 7. 8. vgl. auch Basil. V. p. 160. Schol. s. *Μὴ εἴπῃς διὰ χρέος μόνον·* (sc. *δυνάται πιπράσκεσθαι ὀρφανικὸν πρᾶγμα, μετὰ ἀποφάσεως δηλονότι,*) *καὶ γὰρ κἂν μὴ διὰ χρέος, ἀλλὰ τυχὸν ὅτι οὐκ εἶχεν ἀλλαχόθεν ἀποτραφῆναι, καλῶς ἡ πρᾶσις γένεται.* (vgl. S. 260. 261.) L. Longob. II. 29. 7. Sächs. V. O. C. 16. Mendelssohn's Ritualges. II. 1. §. 9.

(10) Preuß. Landr. §. 552. 553.

(11) L. 22. C. de adm. und die Analogie des väterlichen jus alienandi an den Adventitien. L. 2. 6. C. Th. de mat. bon. L. 2. C. eod. L. 4. L. 6. §. 2. L. 8. C. de b. q. l. Nov. 22. c. 24.

(12) Lauterbach. Coll. XXVII. 9. §. 6. Struben R. B. 1, 387. Preuß. Landr. §. 555—565. Anh. §. 161—163. Oesterr G. B. §. 232. Code civ. a. 457. Bair. Landr. I. 7. §. 13. n. 5. Würtemb. V. v. 12. Jun. 1688. Schwarzb. V. O. C. 24. Erbacher V. O. §. 11.

(13) L. 2. C. Th. de praed.

Das **Recht** zu dieser **Cognition** legte die Oratio selbst blos dem Praetor urbanus bei (14). Die Interpretation dehnte dieses Recht indeß sehr bald auf alle Präsides der Provinzen aus (15). Als später Constantin Byzanz möglichst nach dem Muster von Rom organisirte, legte er dem Praetor Constantinianus diese Cognition bei (16). Der Legat aber, oder wem sonst diese Magistratus ihre Jurisdiction mandirt haben, kann diese Cognition nicht ausüben, da das Mandat sich nur auf die eigentliche ursprüngliche Jurisdiction beziehen kann, diese Cognition aber gleich der tutoris datio auf einem speciellen S. C. beruht, folglich in dem Mandat jener Jurisdiction nicht mit enthalten sein kann (17). Daß übrigens eine specielle Concession des Kaisers die Stelle der förmlichsten richterlichen Untersuchung und Erlaubniß reichlich vertreten kann, versteht sich von selbst, da eine solche allemal als eine lex specialis betrachtet werden muß (18). — Nach einer Stelle des Codex Utinensis ertheilte im 9ten und 10ten Jahrhundert in der Lombardei der judex publicus das Decret (19), im neuern Recht das vormundschaftliche Gericht (20).

Was die **Competenz** dieser Behörden betrifft, so rich-

min. L. 18. C. h. t. L. 22. C. de adm. — probatis examussim causis — per inquisitionem judicis probationemque causae.

(14) L. 1. §. 2. h. t.

(15) z. B. L. 1. 6. 9. 10. 12. 16. 17. C. h. t.

(16) L. 2. C. Th. L. 18. C. de praed min.

(17) L. 2. §. 1. de off. ejus cui mand. (Ulp. 3. de omn. trib.)

(18) L. 2. C. Quando decreto opus non est.

(19) Cod. Utin. C. Theod. III. 1. 3. ap. Canciani Vol. IV. f. 476. Judex publicus ist der germanische Graf oder sein Stellvertreter. v. Savigny Gesch. I. S. 376.

(20) Code civ. a. 457. 458.

tet sie sich nach dem Ort, wo der Tutor bestellt ist (21), so daß z. B. der Prätor in Rom auch zu einer possessio provincialis Veräußerungserlaubniß ertheilen kann und der Richter der belegenen Sache nur dann competent ist, wenn er selbst den Vormund bestellte, welcher die Veräußerung vornehmen will (22). Hierauf mußte schon die Oratio selbst führen, welche die Einwilligung des Praetor Urbanus selbst bei solchen Grundstücken verlangte, die möglicher Weise in der regio des Juridicus liegen konnten; auch schien es in der Natur der Sache zu liegen, daß nur der Magistrat, welcher den Vormündern die übrigen Administrationsrechte übertrug, ihnen auch diese vorbehaltenen Rechte einräumen könne. Es ist daher völlig ohne Grund, wenn viele unserer Juristen den judex rei sitae als solchen, entweder ebenfalls oder gar ausschließlich für competent halten (23).

Die Partheien in diesem Verfahren sind auf der einen Seite die Gläubiger und Vormünder, welche auf Veräußerung dringen. Auf der andern Seite muß aber auch der Prätor das Interesse des Pupillen bei der Veräußerung wahr-

(21) L. 5. §. 12. de reb. eor. Illud quaeri potest, si Praetor aditus permiserit distrahi possessionem provincialem, an valeat, quod fecit? Et putem valere, si modo tutela Romae agebatur, et hi tutores eam quoque administrationem subierant. L. 61. §. 1. de jure dot. .. officium est curatoris, apud *eundem intrare Judicem*, qui eum constituit.

(22) L. 16. C. h. t. Si praedium rusticum — sine decreto Praesidis provinciae, *in qua situm est*, venumdedisti — dominium ejus — a te discedere non potuit.

(23) Huld. ab Eyben Discurs. de decreto (Script. p. 372.) — Montanus c. XXXIII. p. 386.

nehmen und zu dem Ende zunächst die Cognaten und Affinen oder die Aeltern, oder getreue Freigelassene, oder wer sonst mit seinen Verhältnissen bekannt ist, vorladen lassen, oder wenn deren keine vorhanden oder die vorhandenen verdächtig sind, dem Pupillen einen Rechtsbeistand zuordnen, welcher das Interesse desselben wahrzunehmen hat. Stellvertreter sind auf Seiten der Vormünder nicht zulässig (24).

Der Gegenstand, auf welchen die Obrigkeit bei dieser Cognition ihr Augenmerk zu richten hat, ist nun jeder einzelne erhebliche Punct des Veräußerungsgesuches. Dahin gehört:

a) Der gesetzliche Grund zur Veräußerung, z. B. Dasein der Schuld und Insufficienz der andern Sachen, um sie zu bezahlen (25).

b) Der vorgeschlagene Gegenstand, ob nicht etwa andere Grundstücke oder Sachen schlechter und entbehrlicher sind(26).

c) Die Art und Weise der Veräußerung, ob verkauft werden muß, oder ob bloße Aufnahme eines Darlehns gegen Verpfändung der Sache ausreichen wird (27) und wenn dieses letztere der Fall ist, wie viel auf das Pfand aufgenommen werden soll, damit nicht mehr darauf angeliehen werde, als zur Zahlung der Schuld nöthig ist (28).

Das Verfahren selbst, welches die obervormundschaft-

(24) L. 5. §. 11. h. t. L. 6. C. eod. Unter den neuern Gesetzen bes. Code civ. a. 457. 458.

(25) L. 5. §. 9. h. t. L. 6. C. h. t.

(26) L. 5. §. 10. h. t.

(27) L. 5. §. 10. h. t.

(28) L. 5. §. 10. h. t.

liche Behörde bei dieser Untersuchung beobachtet, ist extra ordinem. Das Gesuch um Alienation wird apud acta mündlich vorgetragen; ein schriftlicher Antrag, durch einen Stellvertreter eingereicht, wäre schlechterdings unzulässig (29). Auch müssen in diesem Antrage, bei Strafe der Nichtigkeit des Decrets, die Gründe desselben, z. B. drückende Schulden angegeben sein (30). Gegen diesen Vortrag machen die gesetzlichen Beistände des Pupillen, welchen der Prätor vorher die Bücher und das Inventar vorlegen läßt (31), ihre Einwendungen; worauf die Vormünder die sämmtlichen erheblichen allegationes streng beweisen müssen (32). Fehlt an diesem Beweis etwas und der Magistrat gestattet die Veräußerung dennoch, so ist dieses eine Obreption und die actio des Pupillen wird nicht consumirt (33). Ueber den ganzen Hergang wird von den betreffenden Canzleipersonen ein gerichtliches Protocoll aufgenommen.

III. Am Schluß dieser Untersuchung muß der Magistrat die Veräußerung durch ein ordentliches Urtheil für zulässig erklären.

Seiner Form nach ist dieses Urtheil allemal ein decretum, keine sententia, d. h. ein vom Magistrat selbst in feierlicher Sitzung publicirtes Urtheil (34).

Was den Inhalt betrifft, so muß es genau bestimmen,

(29) L. 6. C. h. t.
(30) L. 5. §. 14. h. t.
(31) L. 5. §. 11. h. t.
(32) L. 2. C. Th. L. 18. C. h. t. (probatis examussim causis).
(33) L. 1. §. 2. L. 5. §. 15. h. t. L. 5. C. h. t. L. 2. C. si quis ignorans.
(34) L. 6. C. h. t. L. 22. C. de adm.

inwieweit die Veräußerung erlaubt sein soll. Hätte also der Prätor etwa so erkannt: vendere obligareve permitto, so könnte zwar der Vormund die eine wie die andere Handlung rechtsgültig vornehmen, aber der Prätor hätte nicht recht gethan, der Willkühr des Vormundes Raum zu geben, wo die Oratio dieselbe beschränken will (35).

In Rücksicht der Zeit muß das Decret der Veräußerung selbst voran gehen, denn die Oratio will, daß erst wenn die Zulässigkeit derselben reiflich erwogen worden ist, die Concession dazu ertheilt werden soll (36). Wäre die Veräußerung bereits vollzogen, so könnte doch die Vindication des Pupillen nicht früher consumirt werden, als im Augenblick des erlassenen Decrets, in welchem durch eine brevi manu traditio das Eigenthum auf den Besitzer übergehn würde. Eine Zurückziehung der Gültigkeit auf den Augenblick der geschehenen Veräußerung, läßt sich daher auch hier gewiß nicht behaupten (37) und wenn inzwischen andere Hypotheken bestellt wären, so müßten dieselben vor der zuletzt bewilligten den Rang haben. Selbst ein kaiserliches Rescript bringt wohl keine größere Wirkung hervor (38).

Die Vollstreckung des Decrets geschieht durch die Vormünder, indem diese in der gewöhnlichen Form der Auctoritas, oder des Consenses, oder der Gestio den Verkauf oder die

(35) L. 7. §. 4. h. t.
(35) L. 7. §. 4. h. t.
(36) L. 1. §. 2. L. 2. L. 5. §. 10. L. 7. §. 4. h. t.
(37) arg. L. 25. C. de don. int. V. et U. — Aus der ganz generellen L. 7. C. ad S. C. Maced. folgt das Gegentheil nicht.
(38) L. 2. h. t.

Verpfändung vollziehen (39). Besondere Förmlichkeiten sind übrigens weder bei der Verpfändung, noch dem Verkauf weiter zu beobachten, wenn sie nicht im Decret ausdrücklich zur Bedingung der Gültigkeit der Veräußerung gemacht sein sollten. Zwar behauptet schon Bartolus, und nach ihm Cujacius (40), Simoncellus (41), Montanus und viele Neuere (42) bei dem Verkauf die Nothwendigkeit der Subhastation, weil sich nur dadurch der höchste Werth der Sache ermitteln lasse. Allein offenbar kann man diese Meinung nicht aus dem Römischen Recht deduciren (43). Die neuern Gesetze haben jedoch sehr häufig die Veräußerung durch öffentliche Versteigerung oder Subhastation als Regel aufgestellt, von der jedoch einzelne Ausnahmen und Dispensationen gestattet werden (44). Obgleich aber hiernach die Veräußerung selbst an keine eigentliche Form gebunden erscheint, so hat doch schon das Römische Recht hier gegen mögliche Mißbräuche und Unredlichkeiten der Vormünder Vorkehrungen getroffen.

Einmal nämlich kommt auch hier der allgemeine Grundsatz zur Anwendung, daß, wie jeder Verwalter fremden Vermögens, so auch der Vormund nicht unredlicher Weise selbst

(39) L. 5. §. 2. de auct. tut.

(40) Cujac. Recit. in Cod. ad lib. V. t. 37.

(41) Octav. Simoncellus de decretis lib. 1. t. 1. n. 46. sq.

(42) vgl. Glück Pand. XXXIII. S. 49. Note 97. mit S. 51. Note 3.

(43) L. 24. §. 4. de min. L. 2. C. si adv. vind.

(44) Preuß. Landr. §. 441—448. 568—587. Anh. §. 164. Oesterr. G. B. §. 231. Würtemb. Verordn. v. 1. Jul. 1811. Code civ. a. 459. 460. Die Sächs. V. O. C. 16. schließt sich indeß mehr dem Römischen Recht an.

oder durch eine zwischeneingeschobene Person kaufen darf (45). Thut er dieses in Beziehung auf ein Grundstück des Pflegbefohlenen, so ist der unrechtliche Kauf nicht blos nach der Constitution Sever's und Antonin's ungültig (46), sondern es tritt auch noch eine öffentliche Ahndung ein (47).

Auf der andern Seite sucht der Prätor auch zu verhindern, daß die Vormünder nicht etwa den Kaufpreis oder die aufgenommene Darlehnssumme zu andern Zwecken verwende, als zur Tilgung der Schuld, wozu die Veräußerung erlaubt ist. Er erläßt nämlich ein Decret, wodurch er den Vormündern befiehlt, den Creditoren zu zahlen und schickt einen Gerichtsdiener (viator) mit, um der Zahlung beizuwohnen und ihm zu berichten, daß das Geld wirklich zu dem angegebenen Zwecke verwendet worden ist (48).

Die Wirkung des ertheilten Decrets besteht, wenn alle Förmlichkeiten beobachtet sind, darin, daß die Veräußerung vollkommen rechtsgültig, also die Vindication des Pflegbefohlenen consumirt ist (49). Ist jedoch das Interesse desselben durch die Veräußerung oder Verpfändung verletzt, so hat er theils nach einer Constitution Trajan's die actio tutelae oder negotiorum gestorum gegen die Vormünder, welche zu wohlfeil verkauft oder bona fide selber gekauft haben (50), theils die in integrum restitutio gegen den Käufer auf Restitution der

(45) Diese Regel selbst wird unten §. 149. vorkommen.

(46) L. 46. de C. E. L. 5. §. 3. de auct. tut. Preuß. Rescr. v. 6. Sept. 1802.

(47) L. 9. h. t.

(48) L. 5. §. 13. h. t.

(49) Preuß. Landr. §. 587.

(50) L. 5. §. 15. h. t. L. 2. §. 8. pro emt. Preuß. Landr. §. 588.

Sache mit den Früchten, gegen Herausgabe des Kaufgeldes mit Zinsen (51).

4. Rechtsmittel wegen ungültiger Veräußerungen.

§. 142.

Litteratur:

Günther Heinrich v. Berg Jurist. Beobachtungen und Rechtsfälle Thl. I. N. VII. S. 153—173.

Ist dagegen eine Veräußerung ohne die vorstehend beschriebenen Formen geschehen, so hat der Pflegling die Wahl zwischen folgenden Rechtsmitteln.

Einmal kann er mit der persönlichen tutelae oder utilis actio Erstattung des Kaufpreises mit Zinsen und Ersatz des Schadens verlangen, den er durch den Verkauf unter dem Werthe erlitten hat (1). Wählt er diese Klage, so wird die Vindication zwar durch die Anstellung nicht consumirt, aber nach wirklichem Empfang der Litisästimation wenigstens indirect (durch doli exceptio) inhibirt (2).

Andererseits kann aber der Pflegbefohlene auch die betreffende **Vindication** (rei vindicatio, Publiciana, negato-

(51) L. 1. 11. C. h. t. L. 7. §. 8. L. 41. de min.

(1) L. 5. §. 15. h. t. *Manet actio pupillo* si postea poterit probari, obreptum esse Praetori. Sed videndum est, utrum in rem, an in personam dabimus ei actionem? Et magis est ut (et) in rem detur, non tantum in personam adversus tutores sive curatores. Basil. Tom. V. p. 127. *Ἐὰν συναρπαγῇ ὁ Πραίτωρ, ἔχει ὁ νέος οὐ μόνον τὴν προσωπικὴν κατὰ τῶν κηδεμόνων, ἀλλὰ καὶ τὴν ἐπὶ τῷ πράγματι ἀγωγήν.* L. 6. C. arb. tut.

(2) L. 10. h. t.

ria, confessoria, hypothecaria actio) anstellen (3) und zwar ohne daß es vorher einer Restitution oder Nichtigkeitsklage bedürfte, indem das Eigenthum oder dingliche Recht noch unveräußert in seinem Vermögen vorhanden ist (4).

Das Recht dieser letztern Klage soll gegenwärtig noch etwas näher betrachtet werden.

I. Was die Partheien betrifft, so ist der Kläger in diesen dinglichen Klagen der Pflegbefohlene selbst, und seine Successoren.

Beklagter ist jeder Besitzer, welcher restituendi facultatem hat, sowohl der Käufer selbst als dritte Personen (5). Die Erben des Beklagten haften nur insofern, als sie zugleich Besitzer sind.

II. Was die Beweislast betrifft, so behauptet der Kläger in seiner Person Eigenthum oder dingliches Recht, in der Person des Beklagten Verletzung desselben durch Besitz (6). Beide Bedingungen der rei vindicatio, Publiciana, negatoria oder confessoria muß er, wenn sie in Abrede gestellt werden, beweisen.

Aber gewöhnlich wird der Beklagte sie nicht in Abrede stellen, sondern vielmehr eine (s. g.) exceptio dominii recentioris, ususfructus, servitutis, hypothecae u. s. w. entge-

(3) L. 3. 4. 8. 10. 11. 16. C. h. t.

(4) L. 11. C. h. t. L. 1. C. Th. de praed. min. (Peyron.)

(5) L. 2. C. si quis ignorans.

(6) Nicht laesio im Sinne der in integrum restitutio durch zu wohlfeilen Verkauf, daher er auch diesen nicht zu beweisen braucht. L. 11. C. h. t. — supervacuum est de vili pretio tractare, quum S. Cti auctoritas retento dominio alienandi viam obstruxerit.

gensetzen, indem er behauptet, die Sache vom Pupillen erkauft oder verpfändet erhalten zu haben u. s. w. Diese Einrede muß er darthun, indem er die Beobachtung der allgemeinen Formen nachweist, unter welchen das Gesetz die Veräußerung von Pupillengütern gestattet. Diese sind 1) auctoritas oder consensus des Vormundes (oder Kauf von dem Vormund oder dem unbevormundeten Minorennen selbst) und 2) Ertheilung des Decretes (7). Hat der Beklagte diesen Beweis erbracht, so hat er genug gethan und muß absolvirt werden.

Allein sehr häufig wird der Kläger nicht die factische, sondern die rechtliche Existenz des Decrets in Abrede stellen, indem er behauptet, daß dasselbe erschlichen worden sei, indem bei der Ertheilung gar keine Untersuchung angestellt oder falsche Allegationen vorgebracht worden seien (8). Dies ist dann eine wahre Replik, welche, allgemeinen Regeln gemäß, vom Kläger bewiesen werden muß, wie dieses denn auch ausdrücklich von der Oratio selbst und den alten Juristen anerkannt wird (9). Unsere Juristen sind indeß größtentheils mit

(7) Eine gute Analogie, wenn auch keinen directen Beweis dieses Satzes, enthält L. 13. §. 2. de Publ. act. (Gajus). Qui a pupillo erit, probare debet, tutore auctore et *lege non prohibente* se emisse. vgl. Hollweg's Versuche S. 364. 365. N. 80. v. Löhr Mag. III. S. 514—517.

(8) L. 1. §. 2. 5. §. 14. 15. h. t. L. 5. C. h. t.

(9) L. 1. §. 2. h. t. „movente pupillo actione, si postea poterit probari, obreptum esse Praetori." L. 5. §. 15. eod. L. 5. C. h. t. Etsi praeses provinciae decreverit, alienandum vel obligandum pupilli suburbanum vel rusticum praedium: tamen actionem pupillo, *si falsis allegationibus circumventam religionem ejus probare possit*, Sena-

den vorgetragenen Ansichten nicht einverstanden. Simoncellus (10) und mehrere Spätere nehmen an, der Beklagte müsse die Gültigkeit des Decrets, also auch das Nichtdasein der falsae allegationes beweisen, weil Förmlichkeiten nie präsumirt würden, im Gegentheil die Ungültigkeit der Veräußerung von Pupillengütern im Zweifel vorauszusetzen sei. Wenn man aber einmal Alles auf Präsumtionen reduciren will, dann würde auch die hier gelten müssen, nach welcher die Legalität richterlicher Handlungen vermuthet wird. Andere, z. B. Weber, Borst, v. Löhr und Glück haben dagegen die richtige Ansicht, aber sie deduciren dieselbe entweder aus einer besondern Natur dieser s. g. qualificirten Vindication oder aus vorgeblichen positiven Bestimmungen, wovon die Quellen nichts enthalten (11).

III. Der Ausgang dieses Prozesses ist ganz der gewöhnliche Ausgang der betreffenden Vindicationen. Der Judex arbitrirt zuvörderst auf Restitution, d. h. auf Klaglosstellung des Klägers. Diese besteht in Herausgabe des Besitzes der Hauptsache, in Restitution der vorhandenen und in Geldentschädigung für die consumirten Früchte. Doch ist von der letztern der bonae fidei possessor befreit, da auch

tus reservavit, quam exercere tu quoque non vetaberis. L. 2. C. Si quis ignorans. Si contra amplissimi ordinis decretum possessiones tuae distractae sunt: conveni earum possessorem, ut, *si ita probaveris gestum* et possessio retrahatur et fructus universi revocentur, si non bona fide emtorem fuisse qui emit, constiterit.

(10) Simoncellus de decretis. t. III. 7. 3.

(11) Weber Beweisführung S. 287 ff. Borst Beweislast S. 113. v. Löhr Mag. III. S. 517. Glück Pand. XXXIII. S. 58. 59.

hier die Regel gilt, daß er den Werth der consumirten Früchte lucrirt (12). Wird diesem Restitutionsbefehl keine Folge geleistet, so erfolgt die gewöhnliche Geldcondemnation. Ist die Sache schon vor dem erhobenen Prozesse durch Culpa oder Casus untergegangen, so muß im Vindicationsprozesse ein absolutorisches Urtheil erfolgen und nur mit der condictio sine causa kann dem Beklagten der Gewinn, den er durch Verkauf der Sache oder durch Consumtion der Früchte etwa gemacht hat, subsidiarisch abgefordert werden (13).

IV. Dieser Klage stehen übrigens mehrere theils allgemeine, theils eigenthümliche Einreden entgegen. Zu diesen gehört:

A. Die **doli mali exceptio**. Diese Einrede wird dem Kläger entgegenstehen, sobald er sich auf Kosten und zum Schaden des Beklagten bereichern will, indem er vindicirt, ohne zugleich dasjenige herausgeben zu wollen, was von dem Gelde des Beklagten in sein Vermögen geflossen ist (14). Dieses ist nun unter andern der Fall:

1) Wenn von dem Kaufgelde Schulden des Pflegbefohlenen (creditores paterni) abbezahlt sind. Hier wollte zwar ein Responsum Papinian's nur dann die doli exceptio zulassen, wenn diese Schulden erweislich aus den andern Sa-

(12) L. 14. 16. C. h. t. L. 2. C. si quis ignorans.

(13) L. 16. C. h. t.

(14) L. 13. §. 1. h. t. . . . dicendum est, doli exceptionem obstare, si lucrum captet pupillus ex damno alieno. L. 14. de cond. ind. L. 9. C. de usuc. pro emtore. Sed si locupletior emptoris pecunia factus post pubertatem occasionem juris ad iniquum trahat compendium, doli mali submovetur exceptione.

chen des Pfleglings nicht hätten getilgt werden können, weil nämlich nur unter dieser Voraussetzung die Veräußerung in der Oratio gestattet ist (15). Allein Paullus bemerkt in seinen Noten zum 5ten Buch von Papinian's Responsen (16) sehr richtig, daß es hier nur auf Bereicherung ankommt, und daß diese ja auch dann Statt gefunden hat, wenn eben durch das Kaufgeld die andern Sachen, aus deren Erlös der Pupill jene Schulden auch hätte bezahlen können, demselben gerettet worden sind (17). Indeß bei dem großen practischen Ansehen, welches Papinian's Schriften in späterer Zeit genossen, scheint diese Bemerkung von Paullus keinen Eingang gefunden zu haben, denn noch ein Rescript Diocletian's und Maximian's verlangt vom Käufer den Beweis, daß das übrige Vermögen des Pupillen nicht hinreichend gewesen sei, um die öffentlichen Lasten, zu deren Tilgung das Kaufgeld verwendet war, aus demselben zu bestreiten (18). Bereichert ist übrigens in diesem Fall der Kläger nicht blos um den Belauf der vom Kaufpreise abbezahlten Schuld, sondern auch um die Zinsen derselben, von welchen er durch Abtragung der Hauptschuld sich frei gemacht hat und die, z. B. wenn der Creditor der Fiscus war, 6 Procent betragen. Auch diese Zinsen muß daher der Kläger ersetzen (19).

2) Das-

(15) L. 13. §. 1. h. t. (Paull. lib. sing. ad Or. D. Severi). Citirt wird dieses Responsum noch einmal in L. 14. C. h. t. Erhalten ist es uns nicht.

(16) vgl. L. 16. Quae in fraud.

(17) L. 13. §. 1. in fin. cit.

(18) L. 16. C. h. t.

(19) L. 13. cit. pretium ac medii temporis usuras, quae creditoribus debentur. — L. 14. C. h. t. sortem cum usuris quae fisco deberentur. L. 16. C. eod. pretium cum usuris quas praestitura esset.

2) Dasselbe gilt nun auch dann, wenn der Vormund das unter Verpfändung des Grundstücks aufgenommene Darlehn dazu angewendet hat, um einen andern Pfandgläubiger davon abzufinden. Auch hier nämlich hat der Beklagte gegen die Vindication zwar nicht hypothecaria, aber doch doli exceptio (20).

3) Ebenso steht doli exceptio entgegen, wenn der Tutor aus einem Vergleich mit dem Beklagten oder einem ähnlichen Geschäft mit demselben etwas für Ueberlassung des Grundstücks empfangen und in das Vermögen des Pupillen verwendet hat (21).

4) Endlich gilt diese Einrede auch dann, wenn der Beklagte Meliorationen gemacht hat und der Kläger, ohne diese zu ersetzen, die Sache vindiciren will (22).

In allen diesen Fällen muß der Beklagte den Grund seiner exceptio, z. B. Zahlung des Kaufpreises (23), Verwendung desselben in das Vermögen des Pfleglings (24) und nach Papinian's Meinung auch Unzulänglichkeit des übrigen Vermögens zur Tilgung der Schulden darthun (25). Nur soweit dieser Beweis wirklich erbracht wird, kann Erstattung verlangt werden (26). Kann also die Verwendung und Bereiche-

(20) L. 7. §. 5. h. t. Der Inscription nach könnte auch L. 16. Quae in fraud. cred. hierher gehören. Sell Versuche. (Giessen 1833.) S. 142.

(21) L. 4. C. h. t.

(22) L. 16. C. in fin. h. t.

(23) L. 14. C. h. t. pretium (ob) eorum solutum probans.

(24) L. 10. 16. C. h. t.

(25) L. 13. h. t. L. 14. 16. C. h. t. Sell a. a. O. S. 143. 144.

(26) L. 10. C. h. t.

rung des Pupillen gar nicht erwiesen werden, weil z. B. der Pupill das Geld verschwendet hat, so ist derselbe von aller Erstattung frei und seiner Vindication muß freier Lauf gelassen werden (27).

Uebrigens hat der Besitzer, um seine Ansprüche aus dem Kauf geltend zu machen, außer dieser Einrede auch Klagen. Er kann sich nämlich mit der condictio sine causa an den bereicherten Pupillen halten (28) und dann auch mit der Serviana utilis die Pfänder verfolgen, welche ihm der veräußernde Vormund aus seinem eigenen Vermögen auf den Fall der Eviction bestellt hat (29).

B. Einrede der Ratihabition. Dahin gehört:

1) Eidliche Ratihabition, wenn der Minderjährige einen körperlichen Eid leistet, die Veräußerung nicht anfechten zu wollen: (nullam se de cetero controversiam facturum.) Sie hat das Eigenthümliche, daß sie auch dann gilt, wenn sie noch während der Minderjährigkeit erfolgte, da der Eid auch die Restitution ausschließt. Nach Römischem Recht ist dies zwar nicht ganz außer Zweifel, durch die Auth. Sacramenta puberum aber für das heutige gemeine Recht völlig entschieden (30).

2) Einfache Confirmation (31). Sie ist nur wirksam,

(27) L. 32. §. 4. de adm. Pretium fundi ab adolescente venumdati si rationibus ejus non profuit, emptorem frustra postulare. Auch Vat. Fragm. §. 38. gehörte hierher.

(28) L. 10. C. h. t.

(29) L. 9. C. h. t.

(30) L. 1. C. si adv. vend. Auth. Sacram. pub. C. eod. v. Savigny's Gesch. des R. R. IV. S. 162 — 171.

(31) L. 1. 2. C. Si major. Preuß. Landr. §. 593. 594.

wenn sie nach erreichter Großjährigkeit erfolgte (32); denn hat der Minderjährige den Verkauf noch als Minderjähriger bestätigt, so steht ihm auch gegen diese Confirmation die Restitution offen und selbst ein Großjähriger kann wegen dolus oder laesio enormis den Consens zum Verkauf anfechten. Im Fall einer sochen Restitution muß der Prätor dem Besitzer die Alternative stellen, entweder, gegen die Compensation der Differenz zwischen dem gezahlten und dem wirklichen Preise mit seiner etwanigen Darlehnsforderung, das Grundstück zu behalten, oder aber dasselbe mit den Früchten zu restituiren und dafür sein dem Pflegling geliehenes Geld nebst Zinsen wieder zu empfangen (33).

C. Einrede der Verjährung (34).

1) Im ältern Recht war die rei vindicatio in diesem Fall ganz der gewöhnlichen Usucapion und longi temporis praescriptio unterworfen. Erfordernisse derselben sind daher:

a) Fähigkeit der Sache. Da nun Pupillen- und Minorennengüter der Usucapion und longi temporis praescriptio durch die Oratio Severi entzogen sind, so kann die Verjährung erst nach dem Verlust dieser Qualität, d. h. nach zurückgelegtem 25ten Jahr zu laufen anfangen (35).

b) Justus titulus (36).

c) Bona fides. Wenn also der Käufer das Grundstück

(32) L. 1. 2. C. eod. L. 6. C. arb. tut. C. II. 46. Si major factus ratum habuerit.

(33) L. 1. C. eod.

(34) Marezoll im Archiv für civ. Praxis. Bd. VIII. N. VII. S. 279 ff. v. Buchholtz jurist. Abh. N. XIX. S. 249—264.

(35) L. 1. 4. C. eod.

(36) L. 4. C. eod.

vom Tutor selbst, der es unverholen als ein pupillarisches verkaufte, oder von seinem Erben, der kein Administrationsrecht mehr hatte, erstand, so ist die Verjährung ausgeschlossen. Wohl aber ist er dann in bona fide, wenn der Tutor ihn überredete, das verkaufte Grundstück sei sein Eigenthum, oder wenn er es aus der zweiten Hand erhielt (37).

d) Ununterbrochener Besitz. Civilis und naturalis interruptio hindern die Verjährung (38).

e) Ablauf des statutum tempus (39), d. h. bei der Usucapion 1 und 2, bei der longi temporis praescriptio 10 und 20 Jahre (40), nach Justinianischen Grundsätzen 3, 10 und 20 Jahre (41).

Die Wirkungen der Usucapion und Präscription sind die gewöhnlichen, d. h. nach älterm Recht eine Einrede gegen die Vindication, nach Justinianischem Erwerb des Eigenthums (42).

2) Constantin aber änderte im Jahr 322 die Verjährungsfrist der Vindication offenbar nach dem Muster der Verjährung der in integrum restitutio ab. Während der Minderjährigkeit können Minorenne ohne Zeitbeschränkung ein

(37) L. 1. 3. 4. C. si quis ignorans.

(38) L. 4. C. eod. Vat. Fr. §. 12.

(39) L. 1. 3. C. eod. L. 2. C. si major factus.

(40) L. 4. C. eod. Basil. V. p. 639. διὰ χρονίας χρήσεως. Unterholzner Verjährungslehre. Bd. 1. S. 121. Note 126. Die Beziehung des statutum tempus auf Justinian's L. 3. C. si quis ignorans enthält einen Anachronismus.

(41) L. un. C. de usuc. transf. (531). S. 443. N. 65.

(42) L. 8. C. de praescr. XXX.

veräußertes praedium oder mancipium rusticum vindiciren; auch genügt es, wenn der Vindicationsprozeß vor Ablauf des 25ten Jahres nur angefangen ist, sollte er auch vorher nicht mehr zu Ende kommen können. Großjährige aber können nur noch innerhalb eines, nämlich des 26ten Jahrs die Vindication anstellen; nach Ablauf dieses Jahrs werden sie eben so wenig mit ihrer Vindication wie bei gültigen aber nachtheiligen Veräußerungen mit der in integrum restitutio zugelassen (43).

3) Späterhin (329) wurde von Constantin die Verjährungszeit der in integrum restitutio bis zum Ablauf des 28ten, 29ten und 30ten Lebensjahrs verlängert (44). Es ist nun nicht unmöglich, daß ähnliche Erweiterungen auch in Rücksicht der Vindication unbeweglicher und beweglicher Sachen (denn inzwischen war die Oratio Severi auf Mobilien ausgedehnt worden) festgesetzt worden sind (45), aber bestimmte Zeugnisse für eine solche Annahme besitzen wir nicht, auch hat Justinian selbst für beide Institute verschiedene Fristen vorgeschrieben (46).

4) Das neuste Recht ist in einer Constitution Justinian's vom Jahr 529, also kurz nach dem Veräußerungsverbot der

(43) L. 1. C. Th. de praed. min. sine decreto non alienandis III. 21. (von Peyron neu gefunden). Dat. XV. Kal. Jan. Serdicae Probiano et Juliano Coss. 322. (also 4 Jahr vor L. 22. C. de adm. Daher auch nur mancipia und praedia rustica genannt sind.)

(44) L. 2. C. Theod. de in int. rest. (2. 16.)

(45) Schrader neu entdeckte Quellen des Röm. Rechts in der Tüb. Krit. Zeitschr. Bd. 1. H. 1. S. 165 ff.

(46) L. 3. C. si major. vgl. mit L. 7. C. de temp. in int. rest.

Immobilien für Minderjährige welche venia aetatis erhalten haben (47) und 2 Jahr vor der Umarbeitung der Restitutionsverjährung festgesetzt worden (48).

Justinian unterscheidet in dieser Verordnung zwei verschiedene Fälle; den des Verkaufs, der donatio propter nuptias, der Verpfändung, kurz des onerosen Besitztitels und auf der andern Seite den der Schenkung. In jenem Fall ist die Verjährung nach dem Muster der Verjährung der in integrum restitutio minorum ausgebildet, in diesem ist das Institut der longi temporis praescriptio beibehalten worden,

(47) L. 3. C. de his qui non Dat. 8. Id. Apr. 529.

(48) L. 3. C. si major factus. Si quando sine decreto minorum, vel adhuc sub curatoribus constitutorum, vel per veniam aetatis eorum curam excedentium res alienantur vel supponuntur, et ad perfectam aetatem iidem minores provecti, longo silentio querelam hujusmodi tradiderint, ut inutilis alienatio vel suppositio diuturno silentio roboretur: certum tempus ad talem confirmationem praefinitum esse censemus. Ideoque praecipimus, si per quinque continuos annos post impletam minorem aetatem, id est post XXV annos connumerandos, nihil conquestus est super tali alienatione vel suppositione is, qui eam fecit, vel heres ejus, minime posse retractari eam occasione praetermissionis decreti, sed sic tenere, qua si ab initio legitimo decreto fuisset res alienata nec supposita. — Cum autem donationes a minoribus nec cum decreto celebrari possint, si minor vel post veniam aetatis rem immobilem donationis titulo in alium, excepta propter nuptias donatione, transscripserit, non aliter hoc firmitatem habebit, nisi post XXV annos impletos inter praesentes quidem decennium, inter absentes autem vicennium donatore acquiescente effluxerit: ut tamen in heredis persona illud tantummodo tempus accedat, quod post ejusdem heredis minoris aetatem silentio transactum sit. Dat. Idib. Apr. Decio V. C. Cons. 529. vgl. bes. v. Buchholtz a. a. O. S. 249—264.

da hier nicht eine bloße Form, sondern ein materieller Mangel der Veräußerung zu ergänzen war.

Wenn nämlich ein Minderjähriger Sachen oneros veräußert oder verpfändet hat, so soll er unter dem Vorwand des fehlenden Decrets die Veräußerung nur bis zum vollendeten 30ten Jahr seines Alters anfechten können, so daß Justinian hier die Frist vor Augen gehabt zu haben scheint, welche Constantin für die Verjährung der in integrum restitutio innerhalb Rom's und des Weichbildes festgesetzt hatte (49), und welche damals noch wirklich in Constantinopel geltendes Recht war (50), — eine Frist, deren Anwendung auf diesen Fall besonders nahe lag.

Die Voraussetzungen dieser fünfjährigen Verjährung der Vindication sind folgende:

1) Die veräußerte oder verpfändete Sache muß eine solche sein, die ohne Decret nicht gültig veräußert werden kann, gleichviel ob beweglich oder unbeweglich (51), denn dieser Unterschied war bei der Verjährung der in integrum restitutio niemals von Einfluß.

2) Die Veräußerung der Sache muß von einem Minderjährigen ausgegangen sein, einerlei ob er noch unter Cura-

(49) L. 2. pr. C. Th. de in int. rest. Placuit post completum quintum et vicesimum annum, ex eo, quo vicesimi et sexti dies illuxerit, ad interponendam contestationem in urbe Roma usque ad anni tricesimi extremum diem spatia prorogari, et intra centesimum urbis Romae milliarium, si tamen ab his judicibus, qui Romae sunt, fuerit judicandum.

(50) L. 7. C. de temp. in int. rest. ist erst vom 1. Sept. 531, also 2 Jahr jünger.

(51) v. Buchholtz S. 252. 253.

tel stand oder bereits venia aetatis erlangt hatte, als er veräußerte oder verpfändete. Ob er selbst, oder ob er mit Zustimmung des Curators, oder ob endlich letzterer allein veräußerte oder verpfändete, ist natürlich völlig gleichgültig (52). Das ist freilich bestritten, ob auch bei Veräußerungen von Seiten eines Pupillen schon fünf Jahr nach erreichter Großjährigkeit Klagverjährung eintritt (53). Zwar redet das Gesetz nur von eigentlichen minores puberes, allein da die in integrum restitutio minorum sich ebenfalls auf Pupillen bezieht und da das Alienationsverbot sie eben so gut als die eigentlichen minores angeht, so möchten auch die Bestimmungen über die Verjährung der Vindication auch auf sie zu beziehen sein, wie dieses schon die Basiliken gethan haben (54).

3) Nach den Worten unserer Constitution bezieht sich dieselbe nur auf den Fall gänzlichen Mangels des Decrets (occasione praetermissionis decreti — sine decreto). Offenbar aber muß auch die Obreption des Decrets dem gänzlichen Mangel desselben gleichstehn (55). Wenn sich freilich der Minor nicht auf den Mangel der Form, sondern des consensus curatoris beruft, dann bleibt die gewöhnliche

(52) L. 3. C. cit. si quando sine decreto minorum — res alienantur vel supponuntur. Unterholzner Verjährungslehre. II. S. 43. v. Buchholtz S. 252.

(53) L. 3. C. Quib. non obj. l. f. pr. L. 3. 7. C. de praescr. XXX.

(54) Basil. Tom. I. lib. X. c. 66. p. 639. *Εἴτε ἀνήβου, εἴτε ἀφήλικος ἢ κουρατωρευομένου ἢ αἰτήσαντος ἤδη συγγνώμην ἡλικίας, πρᾶγμα ἐξεποιήθη.* Unterholzner Verjährungslehre II. 43. A. M. von Bülow Abhandl. Thl. I. S. 256—258. Glück Comm. Band XXXIII. S. 78 ff. v. Buchholtz a. a. O. S. 251.

(55) Eine Andeutung enthalten die Worte *legitimo* decreto.

longi temporis praescriptio, wie dieses schon Cynus, Jacobus da Arena, Accursius und unter den Neuern Unterholzner annehmen (56).

Die Requisite dieser Verjährung sind aber diese:

1) Da die Verjährung nicht nach dem Muster der longi temporis praescriptio, sondern der Verjährung der Restitution ausgebildet ist, so ist bona fides des Besitzers nicht erforderlich (57).

2) Die Zeit ist ein continuum quinquennium (58), welches vom Augenblick des vollendeten 25ten Jahrs zu laufen anfängt, also mit dem 30ten vollendet ist, während das ältere tempus restitutionis utile war. Auf scientia actoris kommt also nichts an; nur kann er sich wegen justus error in integrum restituiren lassen (59).

3) Unterbrochen wird übrigens diese Verjährung nicht blos durch die Anstellung der Klage, sondern auch durch die von Justinian eingeführte Protestation, wenn deren Bedingungen vorhanden sind (60).

Die Wirkungen des Ablaufs dieser Zeit sind die einer bestärkenden Verjährung. Die Alienation oder Verpfändung soll so betrachtet werden, wie wenn sie von Haus aus mit einem gültigen Decret vollzogen wäre, d. h. sie soll rückwärts

(56) Glossa ad h. l. Unterholzner a. a. O. II. 43 ff.

(57) Unterholzner Verj. B. II. S. 42.

(58) Neuere Gesetze verordnen 10 Jahre. Preuß. Landr. §. 595.

(59) L. 3. C. cit. verb. i. e. post XXV annos connumerandos. Unterholzner a. a. O. I. S. 494.

(60) L. 2. C. de ann. exc.

gültig sein (61). Auch diese von der Natur der gewöhnlichen Extinctivverjährung abweichende Bestimmung ist von der Verjährung der in integrum restitutio entlehnt. Soviel über diese Verjährung, durch welche bei onerosen Veräußerungen die ehemalige longi temporis praescriptio, aber freilich nicht die Usucapion, überflüssig geworden ist (62).

Wenn aber die ungültige Veräußerung eine Schenkung war, dann tritt die Neuerung Justinian's nicht ein, vielmehr soll es dann ganz und gar bei der alten longi temporis praescriptio sein Bewenden behalten.

Diese Verjährung kommt nun in folgendem Umfang zur Anwendung:

1) In Ansehung der Personen bezieht sie sich auf jeden veräußernden Minorennen, selbst den nicht ausgenommen, welcher venia aetatis erlangt hat (63).

2) In Rücksicht der Sachen geht sie bei solchen Minderjährigen, welche venia aetatis haben, entschieden nur auf Immobilien, da die Veräußerung von Mobilien diesen erlaubt ist (64). Dasselbe muß aber auch bei solchen Minderjährigen behauptet werden, welche noch keine venia aetatis haben, weil bei verschenkten Mobilien sich der Besitzer schon auf die kürzere

(61) L. 3. C. cit. quasi ab initio legitimo decreto fuisset res alienata vel supposita.

(62) v. Buchholtz a. a. O. S. 256.

(63) L. 3. C. cit. si minor vel post veniam aetatis — transscripserit. Die Basiliken reden freilich nur vom minor mit venia aetatis. Tom. 1. p. 640. ἐὰν ὁ ἐλάττων συγγνώμην ἡλικίας αἰτήσας ἤδη δωρήσηταί τινι. Das Resultat ist aber dasselbe.

(64) L. 3. C. de his qui veniam aet.

Usucapion berufen kann, um die Vindication des Minorennen zu zerstören (65).

3) In Rücksicht der Handlungen geht diese Verordnung auf jede wahre Schenkung (also nicht auf die donatio propter nuptias,) und zwar gleichviel, ob sie ohne oder mit Decret erfolgt ist, da sie auch durch ein solches nicht gestattet werden kann.

Die Erfordernisse die Verjährung sind die gewöhnlichen der longi temporis praescriptio.

Der Besitzer muß also in bona fide sein (66) und, was die Zeit betrifft, unter Anwesenden 10 Jahr, unter Abwesenden 20 Jahr besessen haben. Diese Frist beginnt aber auch hier natürlich erst mit der erreichten Großjährigkeit (67). Stirbt der Minderjährige während der Verjährung, so dauert die Vindication des Erben nur noch so lange Zeit, als dem Minderjährigen selbst von den 10 oder 20 Jahren bei seinem Tode noch übrig waren. War also der Erbe selbst minorenn, so kann er nicht etwa verlangen, daß die Verjährung sistirt werde, bis er selbst die Großjährigkeit erreicht hat. Dasselbe gilt, wenn er abwesend u. dgl. war (68).

Die Wirkungen dieser praescriptio sind die der longi

(65) v. Buchholtz a. a. O. S. 256—258.

(66) Cujac. Recitt. in Cod. V. 73. Opp. post. Tom. V. p. 639.

(67) L. 3. C. Quib. non objic. l. t. pr.

(68) L. 3. C. h. t. ut tamen in heredis persona illud tantummodo tempus accedat, quod post ejusdem minoris (des Erblassers selbst) aetatem heredis silentio transactum sit. Daß etwa so transponirt werden müsse, beweisen die Basil. Tom. 1. p. 640. εἰ δὲ ἐν τῷ μεταξὺ ὁ ἀφῆλιξ τελευτήσοι, ζητοῦμεν ἵνα τὸ λοῖπον τοῦ χρόνου διάςημα δράμῃ, τοῦ κληρονόμου αὐτοῦ σιωπῶντος.

temporis praescriptio überhaupt, d. h. nach Justinianischem Recht Erwerb des Eigenthums (69).

Fehlt es an den Erfordernissen dieser longi temporis praescriptio, so erlischt die Vindication der verschenkten Sachen erst durch dreißigjährige Klagverjährung.

D. Consumtion der Obligationen des Pfleglings.

1. Annahme von Zahlungen.

§. 143.

Auch über die Obligationen des Pfleglings stehen dem Vormunde alle mit den Regeln einer verständigen Administration vereinbare Dispositionen zu (1).

Zu diesen gehört zuvörderst die Liberation der Schuldner des Pfleglings durch Annahme von Zahlungen. Eine wirksame Zahlung an den Vormund ist nämlich unter folgenden Voraussetzungen möglich.

I. Der Vormund muß das jus exigendi haben. Dieses steht in der Regel jedem Vormunde zu, welcher volle Administration hat (2), während bei unvollständiger Administration oft nur Schulden, deren Verjährung droht, eingezogen werden dürfen (§. 134.). Nur muß der Empfänger rechtmäßiger Vormund (verus tutor s. curator) sein. Die Zahlung an einen

(69) L. 8. C. de praescr. XXX. ist mehrere Jahre älter als unsere Verordnung.

(1) L. 22. C. de pact. Tutores enim et curatores exigentes pupillis et adultis debitum, non etiam remittentes, praestant obligationis liberationem. L. 46. §. 7. de solut.

(2) L. 14. §. 5. 7. L. 100. de solut.

falsus tutor liberirt nämlich den Schuldner nicht anders, als wenn das Geld wirklich in das Vermögen des Pfleglings gekommen ist (3). Nur dann, wenn der falsus tutor während seiner Verwaltung Obligationen auf seinen eigenen Namen einging, können die Debitoren ihm gültig zahlen, vorausgesetzt, daß sie es nicht male fide, d. h. nicht mit dem Bewußtsein thaten, daß der falsche Vormund kein jus administrationis habe, in welchem Fall sie wenigstens dann, wenn dieser insolvend wäre, nicht liberirt werden würden (4). — Aber auch dem rechtmäßigen Vormunde darf die Administration nicht interdicirt sein; dem abgesetzten, abwesenden oder relegirten Vormunde, nachdem letzterm ein Anderer substituirt worden ist, kann nicht gültig gezahlt werden (5). Ist der Vormund peinlich angeklagt, oder als suspect postulirt, so liberirt auch schon während des Prozesses, obgleich er die Administration noch hat, nur die bona fide geschehene Zahlung (6). Auch dem Vormund einer gewissen Region kann in der Regel nur in dieser gültig gezahlt werden, er müßte sich denn die Zahlung in der fremden Region ausdrücklich ausbedungen haben (7). Aller-

(3) L. 14. §. 2. 28. 34. §. 4. de solut. L. 31. §. 6. de neg. gest.

(4) Hierher gehört die merkwürdige L. 88. de solut. aus Scävola's Digesten und mit Noten seines Schülers, des Claudius Tryphoninus. vgl. Basil. XXVI. T. 5. c. 88. Tom. IV. p. 159 sqq. Peter Faber Semestr. II. 15. Retes Opusc. Lib. IV. ad h. l. (Meerm. Thes. VI. 219.).

(5) L. 14. §. 2—4. de solut.

(6) L. 45. de solut. — perseveranti tutori in tutelae administratione, licet capitis reo, potuisse id, quod pupillo bona fide debetur, exsolvi. Am Schluß ist mit P. Faber Semestr. I. 24. zu lesen quod pupillo debetur bona fide exsolvi.

(7) L. 47. §. 2. de adm. L. 100. de solut.

dings aber können auch tutores honorarii oder notitiae causa dati wirksam Zahlung annehmen, weil auch diese verantwortliche Stellvertreter des Pfleglings sind (8). Auch kann selbst von mehreren legitimis Einem gültig gezahlt werden, denn die Einstimmigkeit ist nur bei der Auctoritas im alten Recht nothwendig (9).

II. Die Zahlung muß aber auch in gehöriger Form geschehen, in Rücksicht welcher das ältere Recht von dem Justinianischen unterschieden werden muß. Während nämlich nach älterm Recht nichts weiter als die gewöhnliche Form der Auctoritas, des Consenses oder der Gestio (10) erforderlich und ein obrigkeitliches Decret nur insofern wichtig war, als der Minor, welcher auf Befehl des Prätors ohne Consens eines Curators Zahlung empfing, nicht in integrum restituirt werden konnte (S. 289.), so verordnet Justinian, daß die Zahlung nicht geschehen soll, bevor sie nicht durch ein sportelfrei zu ertheilendes obrigkeitliches Decret erlaubt worden ist. Ist diese Form versäumt worden, so kann der Pflegbefohlene, wenn er das Geld verschwendet, oder durch Diebstahl verloren hat, es ungehindert zum zweiten Male einklagen, nur wenn er das Geld entweder noch vorräthig liegen hat oder durch dasselbe bereichert worden ist, wird ihm doli mali exceptio entgegengesetzt werden können. Uebrigens verlangt Justinian diese Form nur bei eigentlichen Heimzahlungen von Capitalien. Zahlungen von Renten und Pachtgeldern sind dagegen ganz nach älterm Recht zu beurtheilen,

(8) L. 14. §. 1. 6. de solut.
(9) L. 14. §. 5. eod.
(10) Gaj. II, 83 - 85. §. 2. J. Quib. al.

und Zinszahlungen sind nur dann an obervormundschaftlichen Consens gebunden, wenn sie von zwei oder mehreren Jahren rückständig sind und zugleich über 100 aurei betragen, weil sie alsdann schon einer beträchtlichen Capitalzahlung gleich zu achten sind (11).

Die Wirkung der Zahlung ist diese, daß die Debitoren ipso jure liberirt werden, folglich die actio oder obligatio des Pupillen, so weit die Zahlung erfolgte, direct consumirt ist und nur für den Theil der Forderung fortlebt, welchen der Debitor nicht bezahlt hat, weil er ihm z. B. vom Tutor geschenkt worden ist (12). Eine unmittelbare Folge dieser Liberation des Schuldners ist die, daß auch die Pfänder frei werden (13). Ganz dieselbe Wirkung tritt auch alsdann ein, wenn der Tutor selbst Debitor des Pupillen war, denn indem er diese seine Schuld zur Casse des Pupillen zahlt, wird er von Hauptschuld und Zinsen frei, gesetzt auch diese letztern wären höher gewesen als die, zu welchen der Pflegbefohlene bei Andern das Geld wieder unterbringen kann, denn man kann ihm offenbar nicht zumuthen, um des Pupillen willen jene schweren Zinsen fortzuzahlen (14). In den Fällen freilich, wo der Pflegbefohlene

(11) L. 25. C. de adm. et peric. Imp. Justinianus Joanni P. P. Dat. X. Cal. Mart. Constantinop. post consulatum Lampadii et Orestis. V. V. C. C. 531. L. 27. C. eod. Dat. X. Cal. Nov. 531. Auszug aus der ersten Constitution §. 2. J. Quib. al. licet vel non. Erklärung der zweiten. Basilic. Tom. V. p. 137. const. 40. Ueber beide zugleich: Meister's pract. Bemerkungen. Bd. 1. N. XVIII.

(12) L. 46. §. 7. de solut. L. 46. §. 5. L. 57. pr. de adm. L. 18. C. eod.

(13) L. 49. de solut. Marcian. lib. sing. ad form. hyp.

(14) L. 9. §. 3. 4. de adm.

allein nicht wirksam hätte Zahlung annehmen können, kann es auch der Vormund, der ja nur loco domini ist, nicht gültig thun. Darum kann z. B. die der Tochter eines furiosus bestellte dos nur dann wirksam zurückgezahlt werden, wenn die Zahlung entweder an den Curator mit Consens der Tochter, oder an die Tochter mit Einwilligung des Curators geschieht (15).

Das Bisherige bezog sich auf Annahme von Zahlungen, wodurch Obligationen des Pfleglings zerstört werden. Soll aber dem Pflegling nicht als Creditor, sondern als solutionis causa adjectus, oder conditionis implendae causa gezahlt werden, so kann die Zahlung dem Tutor und Curator um so unbedenklicher geleistet werden, als er ja allgemeiner Stellvertreter des Pfleglings ist. Indeß wird der Zahlende doch auch in diesem Fall von seiner Schuld erst dann frei, oder die Bedingung gilt erst dann als erfüllt, wenn das empfangene Geld in das Vermögen des Pfleglings übergegangen ist, da dieses offenbar bei der Bedingung: si pupillo vel furioso dederit, beabsichtigt gewesen ist (16).

2. Acceptilationen, Cessionen und Novationen.

§. 144.

Etwas anders als mit der Annahme von Zahlungen verhält es sich mit formellen Verträgen über Obligationen des Pflegbefohlenen.

I. Ac-

(15) L. 65. de solut.

(16) L. 95. §. 7. de solut.

I. Acceptilationen sind natürlich niemals möglich, wenn sie eine Schenkung enthalten. Aber auch wenn sie die Natur einer feierlichen Quittung haben, können sie nur vom Pflegbefohlenen selbst unter auctoritas tutoris vorgenommen werden (1). Der Vormund allein kann sie hingegen weder ertheilen noch empfangen, da er nicht dominus actionis ist. Doch kann dies Hinderniß leicht dadurch beseitigt werden, daß er vorher durch Novation die actio zu der seinigen macht und dann die Acceptilation vornimmt (2). Mit der Acceptilation ist aber eine schriftliche Quittung (apocha, securitas) nicht zu verwechseln, welche der Vormund allerdings gültig ertheilen kann (3).

II. Cessionen der Obligationen des Pfleglings können zwar wie die Ernennung eines Procurators überhaupt (4), durch Auctoritas, aber nicht durch Gestio geschehen, da der Vormund nicht dominus actionum ist. Aus demselben Grunde konnte der Vormund auch Erbschaften, deren Restitution ihm oder dem Pupillen aufgelegt war, nur in der Form der Auctoritas, nicht aber der Gestio herausgeben (5). In-

(1) L. 1. C. de acceptil.

(2) L. 13. §. 10. de acceptil.

(3) L. 46. §. 5. de adm. L. 19. §. 1. de acceptil. Ein Beispiel einer Quittung und eines Erbrecesses liefert das instrumentum plenariae securitatis, welches in dem Ravennatischen Protocoll vom 15ten Mai 564 (Thl. I. p. IX.) allegirt wird. In demselben bescheinigt der Subdiacon Gratianus, als Tutor des Stephanus, der Mutter und Miterbinn desselben, der Germana, den richtigen Empfang eines Drittheils der Erbschaft, worauf der Vater, Collictus, den Pupillen instituirt hatte.

(4) L. 11. C. de proc.

(5) L. 37. §. 2. ad S. C. Treb. Pupillus autem ipse debet restituere tutore auctore: non tutor sine pupillo, nisi infans est: quia nec mandare actiones tutor pupilli sui potest.

deß hat schon das ältere Recht beim pupillus infans und bei Wahnsinnigen eine Ausnahme statuirt, die Justinian nicht nur bestätigt, sondern auch noch auf den Fall der Abwesenheit des Pupillen erweitert hat (6).

III. Novationen und Delegationen der Forderungen des Pfleglings sind dagegen dem Vormunde erlaubt(7). Nur muß die Novation im Interesse des Pflegbefohlenen geschehen (8), sonst wird nichts in stipulatum deducirt.

VI. Prozeßführung.

A. Recht zur Prozeßführung.

§. 145.

Quellen:

D. XXVI. 7. (De administratione et periculo tutorum vel curatorum qui gesserint vel non et) de agentibus vel conveniendis uno vel pluribus.

C. V. 40. Si ex pluribus tutoribus vel curatoribus omnes vel unus agere pro minore vel conveniri possint.

Von der Verwaltung des Vermögens ist die vormundschaftliche Prozeßführung zu trennen, da Prozesse sich nicht

(6) L. 35. eod. Cum heres instituta furiosa hereditatem esset rogata restituere: curatorem ejus secundum tabulas bonorum possessione accepta posse *transferre actiones* Divus Pius decrevit. vgl. S. 373. N. 16.

(7) L. 22. de adm. L. 20. §. 1. 34. §. 1. de novat. L. 96. pr. de solut.

(8) Ein Beispiel enthält L. 57. pr. de adm.

blos auf das Vermögen, sondern auch auf die persönlichen und öffentlichen Rechte des Pflegbefohlenen beziehen können.

Ueber das jus oder die potestas agendi, d. h. über das Recht des Vormundes, die Accusationen (1), Actionen (2), Stipulationen (3) und Nuntiationen (4), welche dem Pflegling zustehen, Namens desselben entweder selbst anzustellen oder unter seiner Genehmigung anstellen zu lassen, enthält das Römische Recht folgende Grundsätze:

I. Das jus agendi hat nur ein rechtmäßiger wirklicher Vormund. Ein Nichtvormund kann weder selbst klagen, noch einen Actor auf seine Gefahr bestellen lassen (5), ist aber freilich eben deshalb auch nicht wegen unterlassener Prozeßführung verantwortlich (6). Klagt er aber dennoch, so kann er nicht nur mit einer dilatorischen Einrede, der exceptio, „extra quam si tutor non est" zurückgewiesen werden (7), sondern er deducirt auch nichts in's Judicium, und die ihm geleistete stipulatio judicatum solvi wird nicht committirt (8).

II. Auch unter den wirklichen Vormündern haben nur die, welche volles Administrationsrecht haben (9) und außerdem der Concurscurator (10) das Recht, selbst oder durch

(1) L. un. C. de raptu virg.

(2) L. 56. §. 4. de furt. L. 11. §. 2. de injur. L. 55. pr. de evict. L. 1. §. 4. h. t.

(3) L. 3. §. 1. 4. 6. 7. jud. solvi.

(4) L. 5. pr. 7. §. 1. de O. N. N.

(5) L. 31. §. 6. de neg. gest.

(6) L. 39. pr. §. 12. h. t.

(7) L. 2. C. de eo, qui pro tut. Non utiliter nominatus tutor pupillorum nomine agendo, *licet ex eorum persona injunctas impleat intentiones*, exceptione *si tutor non est*, summovetur. L. 20. C. de neg. gest. in fin.

(8) L. 3. §. 4. 5. Jud. solvi.

(9) L. 3. §. 6. Jud. solvi.

(10) L. 2. §. 1. de cur. bon. dando. L. 9. Ratam rem hab.

einen Actor zu klagen; und zwar die generellen Vormünder in Rücksicht aller Prozesse, die speciellen Litiscuratoren in Rücksicht des einzelnen Rechtsstreits, für welchen sie constituirt sind (11). Dagegen die bloßen curatores bonorum haben das jus agendi oft nur zum Zweck der Unterbrechung der Verjährung (S. 356.).

III. Auch sollen die Vormünder während ihres Magistratsjahrs weder klagen noch verklagt werden können (S. 455. N. 4.).

IV. Für den Fall, daß mehrere generelle Vormünder bestellt sind, bestimmt das Edict, daß nur demjenigen, welchem die Administration decernirt ist, das jus agendi gegeben werden soll (12). Sind aber mehrere gerentes ernannt, so wird es jedem Einzelnen in solidum gegeben (13), so wie er auch die Defension allein übernehmen kann (14). Erst Constantin verordnet im Jahr 319, daß die Denuntiation nur dann wirksam sein soll, wenn sie von sämmtlichen Vormündern ausgegangen oder ihnen allen insinuirt ist. Doch hat Justinian diese Verordnung nicht aufgenommen (15).

V. Ist die Tutel nach Regionen oder Geschäftszweigen vertheilt, so kann der Tutor nur die zu seinem Ressort gehörigen Klagen anstellen. Im entgegengesetzten Fall steht ihm wiederum eine dilatorische Einrede entgegen (16) und die ihm

Beide Stellen reden aber ursprünglich vom magister bonorum vendendorum.

(11) Th. I. §. 54. S. 394. 395.

(12) L. 3. §. 5. Jud. solvi. Edicto Praetoris illi tutori agendi facultas datur cui a parente, majoreve parte tutorum, eove cujus ea jurisdictio fuit, tutela permissa erit. S. 236. N. 23.

(13) S. 238. N. 38. L. 3. de curatore bonis dando.

(14) L. 1. C. h. t.

(15) L. 1. C. Th. de denuntiatione (319).

(16) L. 4. h. t.

geleistete stipulatio judicatum solvi wird nicht committirt (17). Auf der andern Seite schadet aber die unter den Vormündern angeordnete Theilung dem Gegner im Prozeß in seinen Rechten durchaus nicht (18). Klagt also der rechte Vormund einer bestimmten Region, so kann der Beklagte aus einer Gegenforderung, welche sich auf eine andere Region bezieht, ihm Compensation opponiren. Denn in der Intentio, nach welcher das Object der Klage beurtheilt wird, kommt nur das zur Sprache, was der Pupill ex aequitate zu fordern und zu zahlen hat; während die Person des klagenden Tutors erst in der Condemnatio comparirt, so daß mit einer Gegenforderung gegen den Tutor niemals compensirt werden kann (19). Auch würde ja sonst gegen einen bloßen Litiscurator gar keine Compensation denkbar sein (20). Eben so kann umgekehrt der Kläger den partiellen Vormund aus einem Geschäft belangen, welches die andere Region betrifft (21). Constantin verordnet aber auch hier wieder, daß die Denunciation im Prozeß nur an den betreffenden Tutor geschehen, oder falls im Namen des Pfleglings geklagt wird, von diesem ausgehen soll, damit die Vormünder anderer entfernterer Provinzen nicht ohne Noth vor Gericht zu erscheinen brauchen. Im Justinianischen Recht, in welchem die Prozeßdenuntiatio-

(17) L. 3. §. 7. Jud. solvi.

(18) L. 36. h. t. nam divisio tutelae, modum administrationi facit et inter ipsos locum habet, nec experiri cum pupillo volentibus obstare debet.

(19) L. 23. de compens.

(20) L. 36. h. t. Inter tutores divisa tutela est: aequitas, quae merum jus compensationis inducit, propter officium et personam agentis tutoris non differtur.

(21) L. 47. §. 7. h. t.

nen verschwunden sind, ist diese Verordnung auf die damals gewöhnliche Insinuation der Klage bezogen worden (22).

Nach Analogie dieser Grundsätze muß übrigens auch das Recht des Vormundes, einen Rechtsstreit des Pfleglings durch Eidesdelation (23), Vergleich (24) oder Compromiß (25) beizulegen, beurtheilt werden.

Die neuern Gesetzgebungen verlangen jedoch sowohl zur Prozeßführung, als zur Abschließung von Vergleichen und Compromissen der Regel nach obervormundschaftliche Genehmigung (26) oder Zuziehung des Familienraths (27).

B. Pflicht zur Prozeßführung.

§. 146.

Auf der andern Seite gelten über die Verbindlichkeit zur Prozeßführung folgende Grundsätze.

I. Kein Vormund darf sich in einen chicanösen, leichtsinnigen oder unnöthigen Prozeß einlassen. Hat also der Pflegling eine schlechte Sache, so muß der Vormund gar nicht klagen oder lieber gleich bezahlen. Thut er dieses nicht,

(22) L. 1. §. 1. Th. de denunt. i. e. L. 2. C. h. t. (319). vgl. Zimmern Gesch. des R. R. §. 144. v. Löhr im Archiv für civ. Praxis. XI. S. 18.

(23) L. 17. §. 2. de jurej.

(24) L. 56. §. 4. 5. de furt. Gesta de instr. plenariae securitatis ap. Spangenberg. p. 142—152.

(25) Arg. L. 27. §. 5. 35. 47—49. de recept.

(26) Preuß. Landr. §. 501—516. Bair. Landr. §. 12. n. 4. Hannöv. Vorm. Ordn. §. 71—76. Sächs. V. O. Cap. 14. §. 3.

(27) So schon L. Longob. II. 29. 4. (Liutpr. VI. 21.) — Code civ. a. 464.

so kann er die an den Gegner bezahlten Bußen (1) und Kosten nach einer Constitution von Sever und Caracalla dem Pflegling im contrarium judicium tutelae nicht in Rechnung bringen (2) und wird überdies im Fall der wissentlichen Chicane, besonders bei Delationen, noch bestraft (3).

II. Umgekehrt darf aber auch kein Vormund einen Prozeß unterlassen, sobald der Pflegling durch die Unterlassung Schaden leiden würde und kein gelinderes Mittel, diesen zu vermeiden, übrig ist (4). Im entgegengesetzten Falle haftet der Vormund im judicium tutelae und sein Bürge aus der stipulatio rem pupilli salvam fore dem Pflegling für diesen Schaden. Nur wenn die Vormundschaft nach Regionen getheilt ist, würde jeder Vormund zwar Prozesse des Pupillen, die sich auf die fremde Region beziehn, als Beklagter übernehmen und seine Auslagen in denselben vom Pupillen wiederfordern können (5) aber die stipulatio rem salvam fore würde doch nur wegen Unterlassung derjenigen Prozesse committirt werden, welche zu der eigenen Region dieses Tutors gehören (6). Diese Pflicht des Vormundes, einen Prozeß anzufangen, kommt nun aber in zwei Anwendungen vor:

(1) Doch wird die poena sponsionis Frauen und Pupillen erlassen. Gajus IV. 172.

(2) L. 9. §. 6. h. t. L. 78. §. 2. de leg. 2.

(3) L. 18. §. 8. de jure fisci. L. 6. C. h. t. L. 2. C. de his qui accus. non poss. Preuß. Landr. §. 517—520.

(4) Eine Ausnahme gilt nur im Magistratsjahr des Tutors. L. 48. de judic.

(5) L. 1. C. h. t. L. 47. §. 7. h. t.

(6) L. 51. h. t. (Venulejus lib. VI. Stip.). Anders erklären diese Stelle Jac. Gothofr. ad L. 1. C. Th. de denunt. Glück Pand. XXX. S. 411 ff.

Einmal nämlich muß der Vormund, sobald das Interesse des Pfleglings gefährdet ist, klagend für ihn auftreten, indem er die ihm zustehenden Accusationen (7), Actionen (S. 356. 358.), Cautionen (8) und Nunciationen anstellt, sonst muß er den Schaden ersetzen und kann unter Umständen sogar bestraft werde (9).

Andererseits aber muß der Tutor und Curator den von Andern in Anspruch genommenen Pflegling defendiren. Diese Defension bildet eine so wichtige Pflicht aller Arten von Vormündern (10), daß sie sogar ihre gemeinsamen Kunstnamen veranlaßt hat (11), und daß sie nach Justinian's Bestimmung gleich bei der Bestellung der Vormünder speciell angelobt werden muß (S. 220.).

Der Begriff der vormundschaftlichen Defension ist ursprünglich ganz derselbe, welcher im Edict bei mehreren Gelegenheiten sowohl in Anwendung auf den Dominus als auch insbesondere — was hier noch näher liegt — in Anwendung auf den Stellvertreter des verklagten Dominus, aufgestellt wird (12). Justinian hat ihn jedoch in einem Puncte modificirt (13).

(7) L. 1. C. in quib. caus. in int. rest. nec. non est. Plin. Epp. IX. 13. L. un. C. de raptu virg. L. 22. de his quae ut ind.

(8) L. 1. §. 2. Si cui plus. L. 80. pr. L. 84. ad L. Falc. L. 2. C. de adm. rer. publ. vgl. S. 377.

(9) Ed. Theodor. a. 18.

(10) L. 30. h. t. Tutoris praecipuum est officium, ne indefensum pupillum relinquat. — L. Wisig. IV. 3. 3. L. Burg. Tit. 85. 5.

(11) Thl. I. S. 2. Brisson. v. defensor. N. 5—13.

(12) L. 35. §. 3. — L. 39. pr. L. 46. §. 2. 51. §. 1. de proc. L. 5. §. 3. jud. solvi. L. 21. §. ult. L. 22. Ex quib. caus. maj. L. 2. L. 5. §. ult. eod. L. 63. de jud.

(13) L. 28. §. 3. C. de adm.

Zuvörderst erwartet man nämlich von dem Vormunde, wie von jedem Defensor, daß er das thue, was der Dominus selbst, als zahlungsfähiger und verständiger Hausvater in diesem Falle gethan haben würde.

L. 10. h. t. (Ulp. lib. XLIX ad ed.). Generaliter quotiescunque non fit nomine pupilli quod quivis paterfamilias idoneus facit, non videtur defendi: sive igitur solutionem, sive judicium, sive stipulationem detrectat, defendi non videtur (14).

Nach dieser Stelle muß also der Vormund, wenn er sieht, daß der Pflegling keine gerechte Sache hat, sogleich bezahlen.

Ist aber die Klage unbegründet, oder wenigstens so zweifelhaft, daß der Pupill eine justa ratio litigandi hat, so muß der Vormund sich auf das Judicium einlassen. Was die Form dieser Einlassung betrifft, so muß er, wenn der Minderjährige Infans, d. h. noch nicht 7 Jahr alt, oder abwesend ist, das Judicium selbst übernehmen, im entgegengesetzten Fall aber die Litiscontestation durch den Pflegling vollziehen lassen und nur seine Auctoritas oder seinen Consens dazu ertheilen, falls nicht etwa der Kläger es vorzieht, auch in diesem letztern Fall sich blos an den Curator zu halten (15). Das über-

(14) Mit dieser Stelle hängt die parallele L. 63. de jud. (aus demselben Buche) zusammen.

(15) L. 1. §. 2. 3. h. t. welche Stelle aber der Form und dem Inhalt nach von den Worten Licentia igitur erit. eine Justinianische Constitution ist.

nommene Judicium muß der Vormund bis zu Ende durchführen (16).

Wo der Prätor dem Kläger zwischen Eid und Judicium die Wahl läßt, wie z. B. bei den Noxalklagen, muß der Vormund, sobald der Kläger die Eidesdelation vorzieht, den Eid für den Pupillen ausschwören (17).

Ebenso muß er allenthalben, wo der Kläger eine prätorische Stipulation fordern kann, diese unter seiner Auctorität ableisten lassen, oder wenn der Pupill Kind sein sollte, selbst ableisten (18).

Außer dieser Defension, welche auch der Dominus selbst würde leisten müssen, muß aber der Vormund als Defensor in einem fremden Prozeß auch noch in eigener Person und durch Satisdation cautio judicatum solvi, rem recte defendi und dolum malum abesse abfuturumque esse stellen (19).

Justinian hat indeß die vormundschaftliche Defension dahin bestimmt, daß der Vormund blos den Prozeß zu instruiren, aber für den Ausgang desselben nicht mehr mit seinem eigenen Vermögen Caution zu stellen braucht (20).

Wird nun der Pflegling auf die angegebene Weise nicht defendirt, so tritt nach dem Edict folgendes Verfahren ein. Der Prätor läßt zuvörderst die Tutoren vorladen und zur Defension auffordern. Hat der Pupill keine Tutoren, so wer-

(16) L. 55. pr. de evict. L. 12. C. qui dare. L. 28. §. 3. C. de adm.

(17) L. 21. §. 2. 5. de nox. act.

(18) L. 15. §. 29. de damno inf.

(19) Gajus IV. 101. Marcellus L. 28. pr. h. t. vgl. L. 8. §. 3. de proc.

(20) L. 28. §. 3. C. de adm. (531).

den seine Cognaten, Affinen und Freigelassenen gefragt, ob sie zur Defension bereit sind. Erst wenn alle diese Personen die Defension verweigern oder auf des Prätors Aufforderung schweigen, gilt der Pupill als indefensus (21).

Bei dem nun eintretenden Contumacialverfahren unterscheidet der Prätor, ob der andringende Creditor schon mit dem Vater des Pupillen, oder ob er mit dem Pupillen selbst contrahirt hat (22). Im ersten Fall kann nicht blos Mission in das ererbte Vermögen ertheilt, sondern dasselbe auch sofort zum Verkauf gebracht werden (23). Im letztern Fall hingegen wird dem Creditor eine bloße missio rei servandae causae in die Güter oder Sachen des Pupillen (24) ertheilt. Diese dauert fort bis zur Pubertät des Pupillen, bis zu welchem Zeitpunct demselben Alimente verabreicht werden (25). Hat er diesen Termin erreicht und es tritt nun irgend Jemand als sein Defensor auf, so hört die missio wieder auf, indem der Prätor ein Interdict giebt, womit der Pupill den Creditor nöthigen kann, abzutreten (26). Wollen aber die Curatoren den nunmehrigen Adultus nicht defendiren und es findet sich auch kein Anderer dazu bereit, so kommt es jetzt zur bonorum venditio, selbst wenn er anwesend und persönlich zu

(21) L. 5 pr. §. 1. Quib. ex caus.

(22) L. 3. §. 1. 3. L. 4. Quib. ex caus. L. 7. de reb. auct. jud.

(23) L. 3. pr. Quib. ex caus. Ebenso wenn der Pupill abstinirt wird. L. 6. de reb. auct. jud.

(24) L. 28. in fin. de reb. auct. jud. Bezieht sich das Rechtsmittel nur auf eine einzelne Sache, so wird nur missio in diese ertheilt. L. 15. §. 29. de damno inf.

(25) L. 39. pr. de reb. auct. jud. L. 33. pr. eod.

(26) L. 5. §. 2. 3. Quib. ex caus. L. 33. §. 1. de reb. auct. jud.

Recht zu stehen bereit wäre, indem seine eigene Defensio nicht für voll angesehen werden kann (27).

Aehnliche Grundsätze stellt das Edict in Rücksicht großjähriger Pflegbefohlener auf. Abwesende in Staatsgeschäften leiden nämlich überall keine bonorum venditio. Wahnsinnigen wird, wenn ihre Verwandten sie nicht defendiren wollen, ein Curator gegeben, und wenn auch dieser sie nicht defendirt, nach erfolgter Remotion desselben einer der Creditoren zum Curator bestellt, um so viel als zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist, von dem Vermögen zu distrahiren, das übrige aber wie ein curator ventris zu erhalten. Nur bei dringenden Schulden und wenn Gefahr auf dem Verzuge ist, wird causa cognita der Verkauf des Ganzen gestattet, doch muß der Ueberschuß dem Wahnsinnigen restituirt werden (28).

Noch günstiger ist die Lage der Pflegbefohlenen im neuern Recht gestellt. Justinian nämlich verordnet, daß wenn der ordentliche Vormund die Defension verweigert, die Cognaten, Affinen oder Creditoren des Pflegbefohlenen ihn sogleich removiren und durch einen andern ersetzen lassen sollen. Auch soll dem Beklagten, welcher etwa während des Prozesses wahnsinnig wird, auf Andringen derselben Personen sogleich ein Curator bestellt werden, welcher die Defension übernimmt und den Prozeß zu Ende führt (cetera litis implet (29)). Durch diese Verordnung ist dafür gesorgt, daß es dem Pfleg-

(27) L. 5. de reb. auct. jud.

(28) L. 7. § 9—11. quib. ex caus.

(29) L. 28. §. 1. 2. C. de adm.

befohlenen nicht leicht an einem Defensor fehlt. Sollten jedoch den Pflegbefohlenen in Folge der verweigerten Defension dennoch Nachtheile getroffen haben (30), so kann der abgesetzte Vormund im judicium tutelae gezwungen werden, ihm dieselben zu ersetzen (31).

C. Pflichten während des Prozesses.

§. 147.

Quelle:

C. V. 48. Ut causae post pubertatem adsit tutor.

Den übernommenen Prozeß muß der Vormund den Prozeßgesetzen gemäß und mit derselben Vorsicht, welche er bei einem eigenen Prozeß anwenden würde, betreiben und beendigen (1). Folgende Puncte hebt das Römische Recht noch speciell hervor:

I. Bei Anstellung der Klage muß der Tutor sich sorgfältig vor einer pluris petitio hüten, weil sonst (nach altem Recht) der Pflegling den Prozeß verlieren würde (2).

II. Auf geschehene Vorladung muß der Vormund vor Gericht erscheinen, selbst wenn sein Pflegling Patron des Klägers sein sollte. Nur wenn er selbst Patron des Klägers ist, trifft diesen die Pönalklage wegen unerlaubter in jus vo-

(30) z. B. L. 5. (3.) C. Th. i. e. L. 23. C. de adm. Nov. 1. c. 4. pr. §. 1.

(31) L. 28. pr. C. de adm. ... ex substantia sua omne detrimentum, quod ante latae personae ex recusatione defensionis sustinent, resarcire cogantur.

(1) L. 55. pr. de evict. L. 28. pr. §. 3. C. de adm.

(2) L. 1. C. Herm. de calumn. i. e. Consult. c. 5.

catio. Umgekehrt kann er in des Pfleglings Angelegenheiten seinen eigenen Patron ungestraft vorladen (3).

III. Nach einer Verordnung Constantin's, welche aber Justinian weggelassen hat, muß der beklagte Vormund bei einer Geldstrafe eines Drittheils des Prozeßobjects, oder wenn er arm ist, bei Verlust der Civität, die Litisconsorten des Pupillen angeben (4).

IV. Der Vormund muß die Fristen des Prozesses gehörig beobachten. Insbesondere muß er sich hüten, das Verfahren durch Prozeßverjährung erlöschen zu lassen (5).

V. Er muß dem Gegner im Prozeß die gehörigen Cautionen leisten. Dahin gehört namentlich der Eid wegen Gefährde und die cautio judicio sisti (vadimonium, cautela litis, pro litis instructione), welche nach Justinianischem Recht durch Pfänder aus dem Vermögen des Pfleglings auch ohne Decret bestellt werden kann (6) und sobald der Pflegling oder der Vormund oder auch nur einer der Vormünder mit Grundstücken im Gericht ansässig ist, in einer bloßen repromissio besteht (7).

VI. Eide darf der Vormund dem Gegner nur dann deferiren, wenn der Pupill keine andere Beweismittel hat, durch welche sein Recht sicherer dargethan werden kann (8).

VII. Hat der Vormund in erster Instanz verloren, so muß er, wenn der Pflegling eine gerechte Sache hat, nach

(3) L. 10. §. 13. L. 16. de in jus voc. L. 7. §. 5. de obseq.

(4) L. 4. C. Th. de adm. Wenck p. 192. 193.

(5) L. 13. §. 11. C. de jud.

(6) L. 28. pr. §. 3. C. de adm.

(7) L. 15. §. 5. Qui satisd.

(8) L. 35. pr. de jurejur.

altem Recht in 3 (9), nach neuerm in 10 Tagen appelliren (10). Hat in erster Instanz ein Actor prozessirt, so kann sowohl dieser, als auch der ordentliche Vormund die Appellation einwenden, obgleich nur der letztere den Appellationsprozeß zu führen hat (11). Ist die Appellation unstatthaft, so können und müssen die Vormünder auch das Rechtsmittel der Restitution ergreifen (12).

VIII. Ist der Prozeß definitiv zu Gunsten des Pupillen entschieden, so müssen die Vormünder die Execution betreiben (13).

IX. Wenn der Pflegling während des Prozesses mündig oder volljährig wird, so ist zwar die Fortsetzung des Prozesses eigentlich seine Sache (14). Doch sind die Vormünder verpflichtet, den Prozeß fortzusetzen, oder wenigstens durch ihren Rath dabei zu assistiren. Unterlassen sie diese Pflicht, so können sie nicht nur nach geendigter Vormundschaft tutelae belangt, sondern auch sofort extra ordinem zur Fortsetzung des Prozesses gezwungen werden. Erst nachdem die Schlußrechnung abgelegt und die Papiere ausgehändigt sind, soll dieser Zwang nicht mehr Statt finden. Sterben sie aber vorher, so geht die Verbindlichkeit der Assistenz auf ihre Erben über, ohne daß sich diese durch Rechnungslegung ihrerseits davon befreien können (15).

Versäumen die Vormünder diese ihre Pflichten, so können

(9) L. 1. §. 3. Quando app.

(10) L. 11. C. de adm.

(11) L. 10. C. de app.

(12) L. 29. §. 1. de min. L. 35. §. 1. de auro leg.

(13) arg. L. 39. §. 12. h. t.

(14) L. 24. §. 1. 28. §. 2. de app. L. 2. an per alium. L. 1. §. 1. si pend. app. mors L. 10. C. de app.

(15) L. 5. §. 6. h. t. L. un. C. h. t. L. 1. §. 1. si pend.

sie unter Umständen abgesetzt und bestraft, auf jeden Fall aber in der actio tutelae u. s. w. auf das Interesse condemnirt werden (16). Doch steht dem Pflegling auch wegen ihrer Nachlässigkeit Restitution offen, welche besonders im Fall ihrer Insolvenz von Wichtigkeit sein kann (17).

D. Wirkung der vormundschaftlichen Prozeßführung.

§. 148.

In Ansehung der Frage endlich, inwiefern die Prozeßführung des Vormundes für und gegen den Pflegling wirksam ist, müssen zwei Fälle unterschieden werden.

I. Wenn der Pflegbefohlene die legis actio selbst vollzogen und das Judicium selbst angenommen, der Vormund aber blos seine Genehmigung ertheilt hat, so versteht sich von selbst, daß alle Wirkungen des Prozesses direct für und gegen den Pflegling eintreten, z. B. daß die actio judicati und confessi directa ihm und gegen ihn gegeben wird (1).

II. Wenn dagegen der Vormund in seinem eigenen Namen den Prozeß führt, so muß weiter zwischen den Wirkungen des Verfahrens in jure und zwischen dem Judicium unterschieden werden.

A. Was das Verfahren in jure betrifft, so war bei der ältern Form desselben, den Legis Actionen, eine Stellver-

(16) L. 5. §. 6. D. L. 4. C. Th. L. 11. 28. C. de adm. L. un. C. h. t.

(17) L. 13. §. 11. in fin. C. de jud. L. 2. C. si tutor interv.

(1) L. 44. de re jud. L. 6. §. 5. de confessis.

vertretung unmöglich, und selbst bei der Tutel fand keine Ausnahme dieser Regel Statt (2). Bei der neuern Form, dem Postuliren, hat hingegen der Prätor nicht nur überhaupt freie Stellvertreter zugelassen und insbesondere den Frauen, Pupillen und Wahnsinnigen Advocaten zu geben verheißen, wenn sie deren entbehren (3), sondern namentlich auch das Postuliren durch den Vormund möglichst begünstigt, indem dieser einerseits ohne Prävarication für den Pupillen gegen einen Gegner auftreten kann, welchem er früher in demselben Prozesse als Advocat bedient war (4); andererseits aber, sobald er nur gerirender Vormund ist, für seine Pflegbefohlenen auch dann postuliren darf, wenn er in seinen eigenen Angelegenheiten dazu nicht fähig sein würde (5).

B. Was dagegen das Judicium und dessen Folgen, die Consumtion durch exceptio rei judicatae und die actio judicati betrifft, so konnte freilich der Vormund nach Römischen Begriffen dieses nicht so übernehmen, daß jene Folgen direct für oder gegen den Pflegling eingetreten wären, eben so wenig wie er auf den Namen des Pfleglings stipuliren oder promittiren, oder die Klagen desselben durch Acceptilation consumiren kann (S. 449.). Die Formel kann daher nur so eingerichtet werden, daß zwar in der Intentio der Pflegling genannt, die Condemnation und Absolution aber

(2) L. 6. C. Qui manum. non poss. L. 13. de manum. — Nicht entgegen ist pr. J. de his, per quos agere, wovon unten.

(3) L. 1. §. 4. de postul. L. 9. §. 5. de off. proc.

(4) Thl. I. S. 42.

(5) L. 1. §. 1—3. pr. 4. 5. de postul.

allein auf den Namen des Tutors oder Curators gestellt wird (6). Durch die Annahme einer solchen Formel geht aber nicht blos während des Prozesses das dominium litis auf den Vormund über, so daß dieser nun Procuratoren ernennen (7), die Summe der Condemnation, wenn er will, durch sein jusjurandum in litem bestimmen (8) und daß ihm nun die exceptio doli praesentis entgegengesetzt werden kann (S. 348.), — sondern auch die Folgen des beendigten Prozesses treffen blos dem Vormund, indem sowohl die exceptio rei judicatae als die actio judicati nur ihm und gegen ihn gegeben wird (9).

Da nun aber diese Wirkung der vormundschaftlichen Prozeßführung dem Zweck derselben geradezu widerspricht, so muß ein Mittel gefunden werden, die beiden genannten Wirkungen auf den Pupillen zu übertragen.

1) Was nun hier die exceptio rei judicatae betrifft, so hat der Prätor zunächst activ dem Pupillen dadurch geholfen, daß er ihm aus der vormundschaftlichen Prozeßführung eine exceptio „Si non inter te et tutorem s. curatorem meum ea res judicata est" gegeben hat, da jeder Dritte und um so mehr der Tutor durch Zahlung, Expromission oder

(6) Gajus IV. 86. 87. L. 58. §. 1. de adm. S. 451. N. 7. z. B. Si paret N. Num. pupillo X millia dare oportere judex N. Num. tutori X millia condemna oder Quicquid pupillum No. No. dare facere oportet ex fide bona, id judex tutorem No. No. condemna, si non paret absolve.

(7) L. 11. C. de proc.

(8) L. 4. pr. de in lit. jur. (Rescr. der Divi Fratres und Caracalla's).

(9) Gajus IV. 98. 99. L. 1. C. de re jud.

Litiscontestation offenbar die Lage des Pupillen verbessern kann (10).

Passiv hingegen hat das Edict die Prozeßführung des Tutors dadurch indirect gegen den Pflegling wirksam gemacht, daß es dem Vormund befiehlt, dem Gegner cautio de rato zu leisten. Ratihabirt nämlich der Pupill die Prozeßführung seines Vormundes nicht, so wird er zwar mit seiner Klage, da der Vormund sie nicht consumirt hat, zugelassen, aber der Beklagte wird den Tutor mit der actio ex stipulatu, dieser den Pflegling mit der contraria tutelae auf das Interesse belangen, so daß ihm das nochmalige Prozessiren zu nichts helfen würde (11). So stand die Sache nach dem Edict. Allein schon Gajus bemerkt als abweichende Praxis, daß bisweilen den Tutoren und Curatoren jene Satisdation erlassen werde (12). Dies geschah nämlich in den Fällen, in welchen über das jus agendi des Tutors gar kein Zweifel obwaltete (13). In einem solchen Fall nahm man später bei fortschreitenden Grundsätzen über die Repräsentation unbedenklich an, der Vormund deducire in's Judicium, d. h. er consumire seines Pflegbefohlenen Klage durch Litiscontestation und Urtheil dergestalt, daß, wenn dieser noch einmal klagen wolle, ihm dieselbe entweder geradezu denegirt werde, oder wenn das judicium ein imperio continens war, ihm die exceptio „Si

(10) L. 11. § 7. de exc. rei jud.

(11) Gaj. IV. 99. L. 33. §. 3. de proc. Ulp. lib. IX. ad ed.

(12) Gajus IV. 99.

(13) Theophilus ad. pr. J. de satisd. *Ἐϛι δὲ ὅτι κινοῦσιν αὐτοῖς ἡ ἱκανοδοσία συγχωρεῖται. νοητέον δὲ, ἡνίκα ὡμολογημένη ἐϛὶν αὐτῶν ἡ κατάϛασις, τουτέϛιν ὅτι ὁ ἐπίτροπος ὁ δὲ κουράτωρ ἐϛί.* vgl. L. 1. C. de proc.

non inter me et tutorem sive curatorem tuum de hac re judicatum est." entgegen stehe (14). Behauptet hingegen der Beklagte, daß dem Tutor kein jus agendi zustehe, dann wird ihm allerdings auch noch nach späterm Recht nicht anders, als gegen cautio de rato die Klage des Pupillen gegeben, damit, wenn sich später finden sollte, daß der Beklagte mit dieser Behauptung Recht hatte, der Kläger indirect genöthigt wird, die Prozeßführung des falsus tutor zu ratihabiren, wodurch dann die Sache rückwärts für in judicium deducirt gilt und exceptio rei judicatae begründet wird (15).

Diese Grundsätze finden übrigens auch auf den tutor oder curator ad litem und den Concurscurator Anwendung, während der bloße actor, welchen der Tutor durch prätorisches Decret sich substituiren läßt, immer noch de rato caviren muß (16).

(14) L. 22. de adm. L. 23. eod. Ulp. lib. IX. ad ed. *Vulgo* observatur, ne tutor caveat ratam rem habiturum, *quia* (Hal.: cum) rem in judicium deducit. s. Pothier. Pand. Just. T. II. p. 114. not. b. Hollweg's Versuche S. 193. L. 11. §. 7. de exc. rei jud. Hoc jure utimur, ut ex parte actoris in exceptione rei judicatae hae personae contineantur, *quae rem in judicium deducunt.* Inter hos erunt procurator cui mandatum est, tutor, curator furiosi vel pupilli ... L. 17. §. 2. de jurejurando. L. 13. C. de adm. (Gordian. 244).

(15) L. 23. de adm. (Fortsetzung). Quid tamen si dubitetur an tutor sit, vel an duret tutor, vel an gestus illi commissus sit? Aequum est, adversarium non decipi. Idem et in curatore est, ut *Julianus* scripsit. Die Stelle des Julian könnte L. 7. §. 2. de cur. fur. (S. 224. 225.) sein, weil hier schon einer exceptio rei judicatae *inter se et curatorem* gedacht wird. vgl. noch L. 1. C. de proc. Vat. Fr. §. 317. 331. 333. Keller Litiscontest. S. 306.

(16) L. 9. Ratam rem hab. Ulp. lib. 9. ad ed. (Comm. zu L. 33. §. 3. de proc.) vgl. §. 3. J. de satisd.

Wie nun aber der Vormund, welcher jus agendi hat, die Klagen seines Pfleglings in's Judicium deduciren kann, ebenso kann er sie auch durch Eidesdelation consumiren. Ist nämlich über das jus agendi des deferirenden Tutors kein Zweifel, so wird dem Pupillen die Klage, wenn er sie zum zweiten Mal anstellen will, geradezu denegirt (17).

Ebenso werden durch den Vergleich des Vormundes die Klagen des Pfleglings direct und indirect consumirt, sobald nur durch den Vergleich dem Gegner nichts geschenkt ist (18).

2) Was dagegen die actio judicati betrifft, so steht dieselbe zunächst activ als directa actio nur dem Tutor zu. Allein da der Vormund offenbar in rem alienam prozessirt hat, so hat man später, wenn der Vormund oder der Actor den Prozeß gewonnen hat, dem Pflegling die actio utilis aus dem günstigen Urtheil gegeben und dem Vormund die directa denegirt (19). Die actio confessoria aus einem dem Tutor abgelegten Geständniß steht aber sogar direct dem Pupillen zu (20).

Aber auch passiv wird die actio judicati directa nur gegen den condemnirten Vormund gegeben. Allein so wie alle andern passiven Obligationen des Vormundes (S. 336. 337.), eben so wird auch diese auf den Pflegling übertragen. Schon während der Dauer der Vormundschaft wird nämlich, wenn der Vormund nicht umhin konnte, das Judicium zu

(17) L. 35. pr. de jurej. L. 1. pr. §. 1. L. 2. pr. Quar. rer. act.

(18) L. 46. §. 7. h. t. L. 56. . 4. 5. de furt.

(19) L. 2. pr. h. t. L. 6. Quando ex facto.

(20) L. 6. §. 3. de confess.

übernehmen, weil z. B. der Pflegling Infans, abwesend oder wahnsinnig ist, die actio judicati directa gegen ihn denegirt und gegen den Pflegling actio judicati utilis gegeben und die Execution in sein Vermögen vollstreckt, wie schon Pius rescribirt hat (21). Hat freilich der Vormund ohne Noth den Prozeß selbst übernommen, während er den Pflegling prozessiren lassen und blos seine Genehmigung ertheilen konnte, so wurde er ursprünglich als ein solcher behandelt, der sich zur Prozeßführung zudrängte (qui liti se obtulit (22)) und erst nach geendigter Vormundschaft wurde die actio judicati und die Execution gegen den Vormund denegirt und auf den Pflegling und dessen Vermögen übertragen (23). Allein späterhin hat man angenommen, der Vormund offerire sich nie mehr, wenn er es vorzieht, selbst den Prozeß zu führen und deshalb haben viele Rescripte den Satz ausgesprochen, daß auch schon während der Vormundschaft die actio judicati und pignoris capio aus der vormundschaftlichen Prozeßführung nur gegen den Pflegling zu gestatten sei (24).

In ähnlicher Weise wie die actio judicati wird auch die actio ex stipulatu aus dem Vadimonium, welches der Vormund desert werden ließ, nach beendigter Amtsführung nicht mehr gegen ihn gegeben (25).

(21) L. 1. §. 2. h t. (Ulp. lib. 35. 9. 68. ad ed.) L. 7. Quando ex facto. Ausgenommen, wenn der Pflegling abstinirt wird. S. 336. Note 9.

(22) cf. Vat. Fr. §. 317. 333. L. 27. pr. 28. 29. 31. pr. 61. de proc. L. 4. pr. de re jud.

(23) L. 1. C. h. t. Imp. Antoninus Septimio 214.). L. 15. si quis caut. L. 5. Quando ex facto (Papinian).

(24) Ulp. lib. 9. ad ed. L. 2. pr. in fin. h. t. Idem lib. 68. ad ed. L. 4. §. 1. de re jud.

(25) L. 15. Si quis caut.

Ebenso kann der Vormund, welcher judicatum solvi cavirt hat, nach erreichter Pubertät des Pfleglings nicht mehr zur Uebernahme des Judicii gezwungen werden (26).

Nicht minder werden auch die Klagen aus den prätorischen Stipulationen, welche die Stelle der Judicia vertreten, z. B. cautio legatorum servandorum causa, nach erreichter Pubertät als utiles actiones transferirt (27).

Durch diese Mittel wird also die ganze Prozeßführung des natürlichen Stellvertreters des Pflegbefohlenen auf diesen letztern übertragen. Nur die gerichtlichen Geständnisse seines Tutors oder Curators obligiren ihn nicht (28).

VII. Verbotene Geschäfte des Vormundes.

A. Verbot des Kaufs vom Pflegling.

§. 149.

Im Römischen Recht kommt eine Reihe specieller Verbote vor, welche Rechtsgeschäfte und andre Handlungen betreffen, deren sich der Vormund zu enthalten hat.

Diese Handlungen sind aber theils solche, die in fraudem actionis tutelae, d. h. zum Nachtheil der Ansprüche des Pfleglings auf Ablegung der Schlußrechnung und Aus-

(26) L. 28. pr. h. t. cf. L. 3. 5. C. de proc.

(27) Scaevola L. 8. Quando ex facto und L. 18. §. 2. Ut leg. causa cav.

(28) L. 6. §. 4. de confess. Anders jedoch verhält sich's mit der actio confessoria Legis Aquiliae. L. 25. §. 1. ad L. Aquil.

antwortung des Vermögens vorgenommen werden, wie z. B. die Ehe mit der Pflegbefohlenen, die Arrogation und die Pachtung vom Fiscus. Von diesen kann erst unten bei der Verantwortlichkeit des Vormundes die Rede sein.

Theils aber sind es auch Handlungen, die einer redlichen und gewissenhaften Administration zuwider laufen, wie z. B. der Kauf vom Pflegling, Erwerb von Forderungen gegen denselben und Verwendung seiner Gelder zu eigenen Zwecken, und diese gehören hierher.

Was nun zuerst den Kauf vom Pflegling betrifft, so ist es allgemeine Regel, daß kein Verwalter fremder Sachen, von diesen etwas kaufen darf, geschehe es in eigener Person oder durch zwischeneingeschobene Unterhändler (1). Dieser Grundsatz wird zunächst angewendet auf Procuratores Caesaris in den Provinzen (2). Eine zweite Anwendung desselben betrifft aber die Vormundschaft. Der Tutor und Curator darf nämlich keine Sache seines Pflegbefohlenen selbst oder per subjectam sibi vel interpositam personam kaufen, sonst ist der Kauf null und nichtig (3), wenn er auch in bester Form Rechtens, namentlich unter Auctoritas eines Contutors und obrigkeitlichem Decret vollzogen sein sollte, mithin die Regel tutor in

(1) L. 46. de C. E. Marcianus lib. sing. de delatoribus. Non licet ex officio quod administrat quis emere quid vel per se vel per aliam personam: alioquin non tantum rem amittit, sed et in quadruplum convenitur secundum constitutionem Severi et Antonini. »Et hoc ad Procuratorem quoque Caesaris pertinet. Sed hoc ita se habet, nisi specialiter quibusdam hoc concessum sit.

(2) L. 2. §. 1. de adm. rer.

(3) L. 5. §. 3. 6. de auct. tut. (Rescr. von Sever und Antonin.)

rem suam auctor fieri non potest und die Oratio D. Severi nicht im Wege stehen würde (4). Eben deßhalb kann er aber auch keinen Rechtstitel zur usucapio pro emptore abgeben (5). Indeß tritt diese Strenge nur unter folgenden Voraussetzungen ein: **Einmal:** daß der Vormund, welcher die Sache kauft, wirklich administrirender Vormund war. Ist er bloßer Geschlechtstutor, bloßer tutor honorarius u. s. w. so gilt er einem extraneus gleich und der Kauf ist gültig (6). **Zweitens:** daß der Kauf mala fide und heimlich geschlossen worden ist. Wenn also der Tutor selbst offen und redlich (palam et bona fide) etwas erhandelt, so ist der Kauf gültig und straflos (7), indem ja die Lage des Pupillen dadurch nur besser wird, daß auch sein Vormund von ihm kaufen darf, da er nun seine Sachen leichter los wird (8). Wenn er daher z. B. in der Auction des Pupillen eine Sache desselben, wissend, daß es eine solche ist, bona fide ersteht, so kann er sie usucapiren und ist nur dann etwa den Pupillen zu entschädigen verpflichtet, wenn er sie zu wohlfeil erstanden hat (9). Ja wenn er sich, um seinen eigenen Namen nicht herzugeben, bei der Auction einer Mittelsperson bedient hätte, wie dieses ja

(4) L. 5. §. 2. de auct. tut. L. 9. de reb. eorum.

(5) L. 5. §. 2. cit.

(6) L. 6. de auct. tut. L. 6. C. de C. E.

(7) L. 7. C. de C. E.

(8) L. 2. §. 8. pro emt.

(9) L. 2. §. 8. pro emt. (const. D. Trajani): Tutor ex pupilli auctione rem quam ejus putabat esse, emit: Servius ait, posse eum usucapere: in cujus opinionem decursum est, eo, quod deterior causa pupilli non fit, si propius habeat emtorem: et si minoris emerit tutelae judicio tenebitur, ac si alii minoris addixisset, idque et a D. Trajano constitutum dicitur.

Vornehmere überhaupt zu thun pflegen (si nomen dedit (10)) und er wäre übrigens redlich verfahren, so würde doch gegen den Verkauf nichts zu erinnern sein (11). So wie endlich der Tutor von dem Pupillen selbst bona fide Sachen erstehen kann, so darf er auch von dem Creditor des Pupillen, der ja nur als dessen Procurator zu betrachten ist, bona fide kaufen (12). Uebrigens versteht es sich von selbst, daß auch ein ungültiger und verbotener Kauf dadurch convalescirt, daß der Pflegbefohlene nach zurückgelegter Minderjährigkeit ihn genehmigt (13).

B. Verbot des Erwerbs von Forderungen gegen den Pflegling.

§. 150.

So wenig der Vormund Sachen seines Pfleglings kaufen darf, eben so wenig, verordnet Justinian, sollen sich Tutoren und Curatoren aller Art, Forderungen gegen den Pflegling von Andern cediren lassen, weil sie dadurch leicht zu Unredlichkeiten gegen die Pflegbefohlenen verleitet werden könnten. Thun sie dieses dennoch, so ist zwar die Cession nicht geradezu nichtig, sondern vielmehr in ähnlicher Art wirksam, wie eine Cession gegen die lex Anastasiana, d. h. der Cedens verliert zwar die Forderung, aber der Vormund erwirbt sie nicht, vielmehr wird der debitor cessus, hier der Pupill u. s. w., von seiner Schuld frei, weil sonst der Betrug wiederholt

(10) L. 5. §. 4. de auct.
(11) L. 2. §. 8. pro emt.
(12) L. 5. §. 5. de auct.
(13) L. 2. §. 2. de auct. tut.

und das Gesetz umgangen werden könnte. Dasselbe Verbot gilt übrigens auch noch von dem gewesenen Curator in Beziehung auf den ehemaligen Pflegling, weil er ja sonst während der Vormundschaft die Cession vorbereiten und erst nach ihrer Beendigung mit der cedirten Forderung hervortreten könnte (1).

C. Verbot der eigenen Benutzung der Mündelgelder.

§. 151.

Nicht nur das Römische sondern auch das deutsche Recht kennt eine vormundschaftliche Administration, mit welcher ein wahrer Nießbrauch des Vermögens verbunden ist. Dahin gehört die römische väterliche Verwaltung der Adventitien, die väterliche und eheliche Vormundschaft des deutschen Rechts (1). Abgesehen aber von diesen Fällen, deren nähere Erörterung nicht hierher gehört, ist den übrigen Vormündern jede eigene Benutzung des pupillarischen Vermögens untersagt.

Sobald nämlich der Vormund Mündelgeld zu seinen Privatzwecken benutzt, begeht er, wie jeder Verwalter fremder Gelder (2), ein Cassenvergehen, welches durch Constitutionen verschiedener Kaiser verpönt ist (3).

(1) Nov. 72. c. 5. Mühlenbruch Cession. §. 32. S. 379—383. Glück Pand. XVI. S. 429.

(1) Particularrechtlich auch noch einige andre Fälle Thl. I. S. 5. N. 2.

(2) z. B. magistratus municipii. L. 38. de neg. gest. cf. L. 54. de adm. (Beide aus Tryphon. lib. 2. disp.).

(3) L. 7. §. 4. de adm. L. 38. de neg. gest.

I. Zum Thatbestande dieses Vergehens gehören folgende Merkmale.

A. Der Vormund muß zur Zeit des Cassenangriffs noch im Amt gewesen sein. Greift er erst nach beendigter Administration Mündelgeld an, oder behält er früher angegriffenes noch jetzt, so liegt unser Vergehen nicht vor (4).

B. Die angegriffenen Gelder müssen Mündelgelder gewesen sein, gleichviel ob Capitalien oder Zinsen, die der Vormund eintrieb (4).

C. Der Vormund muß eigenmächtig gehandelt haben. Lieh er also vom Vater des Pupillen oder von seinem Mitvormunde Pupillengeld an, so ist ein gewöhnliches Darlehnsgeschäft, nicht aber unser Cassenvergehen vorhanden (6).

D. Der Vormund muß heimlich und unredlich (latenter) gehandelt haben. Nimmt er sich aus des Pupillen Casse offen und ehrlich ein Darlehen und führt sich in den Büchern des Pupillen als Schuldner auf, so ist dieses eben so erlaubt, als wenn er umgekehrt eigenmächtig dem Pupillen leiht und diesen in seinen Büchern als seinen Schuldner aufführt (sibi creditam pecuniam h. e. arcarium nomen scribit) (7).

E. Der Vormund muß das Geld zu seinen Privatzwecken verwendet haben (vertisse in suos usus). Bloßes Liegenlassen der Gelder oder Ausleihen derselben an Andre auf des Vormundes Namen, jedoch so, daß die Zinsen dem Pflegling zu Gute kommen, begründet das Vergehen auf keine

(4) L. 46. §. 3. de adm.

(5) L. 7. §. 12. de adm.

(6) L. 7. § 5. L. 54. de adm. L. 38. de neg. gest.

(7) L. 9. §. 7. de adm.

Weise (8). Die Art der Verwendung ist aber freilich gleichgültig. Wenn daher z. B. der Vormund sich mit dem Gelde ein Landgut kauft, so hat der Pupill die Wahl, entweder das Landgut als mit seinem Gelde erkauft zu vindiciren, oder aber den Vormund auf die höchsten Strafzinsen zu belangen (9).

F. Dem Pflegling muß dadurch der Nutzungswerth der fraglichen Summe wirklich entzogen sein. Hat daher der Vormund eine gleiche Summe eigenen Geldes unverzinslich auf das Vermögen des Pfleglings verwendet, wie er aus dem letztern für sich genommen hat, so wird juristisch keine versio in suos usus angenommen (10).

II. Alle diese einzelnen Theile des Thatbestandes muß der Pflegling, wenn sie geläugnet werden, dem Vormunde auf das vollständigste beweisen (11).

III. Ist dieser Beweis aber geführt, so besteht die Strafe des Vergehens darin, daß der Vormund legitimae oder maximae usurae zahlt (12). Maximae usurae sind ursprünglich gewiß centesimae, d. h. 12 Procent (13), im Justinianischen

(8) L. 7. §. 4. 5. L. 46. §. 2. de adm.

(9) L. 3. C. arb. tut. Basil. V. 3. c. 28. p. 70. und Schol. e. p. 87. s. oben. S. 326.

(10) L. 3. §. 3. de contr. tut. Quare etsi in usus suos convertit, deinde aliquid impendit in rem pupillarem, quam impendit, desinit vertisse et exinde usuras non praestabit. Et si ante impendit in rem pupillarem, mox in usus suos vertit, non videbitur vertisse quantitatem, quae concurrit cum quantitate sibi debita, ut (welches die Folge hat, daß er) ejus summae non praestet usuras.

(11) L. 7. §. 4. de adm. (D. Severus).

(12) L. 38. de neg. gest.

(13) Basil. T. V. p. 87. Sch. e. „ἑκατοσιαῖοι."

Recht gewiß nur noch die damals erlaubten höchsten Zinsen, d. h. 6 Procent (14).

VIII. Rechnungsführung und Ablegung.

A. Rechnungsführung.

§. 152.

Endlich muß der Vormund, wie jeder Verwalter fremden Vermögens schon während seiner Administration gehörige Rechnung führen (rationes conficere) und von Zeit zu Zeit ablegen (rationes reddere (1)). In ersterer Beziehung hat der Vormund folgende Rechnungen und Bücher anzulegen und fortzuführen.

I. Rationes actus sui oder libri rationum, d. h. Rechnungsbücher über Einnahme und Ausgabe, entweder in Form eines bloßen fortlaufenden Journals (2), oder, was bequemer ist, sogleich in der Gestalt einer formirten Rechnung, wie sie am Ende des Jahres abgelegt werden soll (3). Verschieden von dieser Rechnung scheinen die auctionalia zu sein. Der Ausdruck kommt nur in einer einzigen Stelle vor, welche noch dazu

(14) L. 1. C. de usur. pup. Tutorem *legitimas* usuras praestare debere, *olim* placuit. Die Basiliken T. V. p. 188. const. 1. verstehen hier ebenfalls ἡμιεκατοςιαῖοι (semisses usurae).

(1) L. 1. §. 3. de tutelae. L. 41. 46. §. 5. de adm. L. 1—4. C. de in lit. jur.

(2) Sächs. V. O. Cap. XVII. Junghans S. 48. 49. Formular b. Stein. S. 271.

(3) Claproth Unterricht. S. 32.

dazu kritisch nicht unangefochten ist (4). Mehrere lesen actionalia und erklären es durch die Rechnungen der servi actores (5). Allein, nicht zu gedenken, daß die Florentina auctionalia hat, steht dieser Erklärung entgegen, daß auctionalia und rationes servorum, qui rem gesserant in dieser Stelle offenbar zwei ganz verschiedene Dinge sind. Eher könnten actionalia durch rationes *actus sui* erklärt werden. Allein die Erklärung der Basiliken durch τραπεζιτικοὶ λόγοι paßt zu dieser Lesart nicht; es ist also auctionalia zu lesen und tabulae auctionariae oder tabulae venditionis per argentarios factae (6) darunter zu verstehen.

II. Calendarium pupilli (7), d. h. das Schuldbuch über die ausstehenden Forderungen des Pfleglings (8). Es wird ebenfalls sogleich bei Uebernahme der Vormundschaft angelegt und in chronologischer Ordnung bis zu Ende derselben fortgeführt (9).

(4) L. 1. §. 3. de tutelae. Officio tutoris incumbit, etiam rationes actus sui conficere et pupillo reddere: ceterum si non fecit, aut si factas non exhibet, hoc nomine judicio tutelae tenebitur — Divus Severus decrevit, cum neque inventaria neque auctionalia proferantur, remedio eo uti debere, ut rationes a servis qui rem gesserant proferantur.

(6) Forcellini ed. noviss. s. v. vgl. L. 1. §. 3. cit.

(7) vgl. L. 88. de solut.

(8) L. 39. §. 8. 14. de adm. L. 9. §. 7. eod.

(9) Brisson. de V. S. s. v. calendarium. Senecae ep. LXXXVII.

(9) Formulare b. Stein. S. 273. 274.

B. Rechnungslegung.

§. 153.

Nach Römischem Recht fand eine Rechnungsablegung (rationum redditio) bei der Tutel erst nach beendigter Verwaltung Statt: während der Vormundschaft konnten jedoch die Mitvormünder Inspection der Rechnungen verlangen. Allein im Canonischen (1), im ältern deutschen Recht (2) und den Reichsgesetzen (3) hat sich eine wiederholte Rechnungslegung während der Vormundschaft ausgebildet, welche auch in die neuern Gesetzgebungen und Vormundschaftsordnungen übergegangen ist. Das Nähere über diese Verbindlichkeit ist Folgendes:

I. Die Pflicht Rechnung zu legen fand nach älterm Recht nicht Statt, wenn der Vormund zugleich nächster Erbe war (4). Im heutigen Recht liegt sie jedem Vormund ob, wenn er nicht durch Vertrag oder Testament davon befreit wird, in welchem Fall er nur eine summarische Nachweisung

(1) Clem. 2. §. 1. de religios. dom. Illi quibus dictorum locorum gubernatio committitur, *ad instar tutorum vel curatorum* juramentum praestare ac — inventaria conficere *et ordinariis seu aliis quibus subsunt loca hujusmodi, vel deputandis ab eis annis singulis de administratione sua teneantur reddere rationem.*

(2) Sächs. Landr. I. 23. §. 3. Schwäb. Landr. 324, 8. Sächs. Weichbild a. 49. Richtsteig Landr. II. 2. Erfurter Polizeiordn. bei Heinemann S. 165. Saalfeld. Stat. a. 176.

(3) R. P. O. v. 1548. Tit. 31. §. 3. v. 1577. Tit. 32. §. 3. „jährlich nit allein auf Erforderung der Obrigkeit, sonder auch selbst vermög seines anbefohlenen Amts auch geleister Pflicht und Eids gebührlich Rechenschaft anbieten und thun, um sein Verwaltung Red' und Antwort geben" u. s. w.

(4) Sächs. Landr. I. 23. §. 4.

über das Capital und die Einnahmen und Ausgaben zu geben hat (5).

II. Die Ablegung der Rechnung erfolgt gemeinrechtlich am Schlusse jedes Jahres (6), dergestalt, daß bei der ersten Rechnung das Inventar, bei den folgenden die vorhergehende Rechnung die Grundlage bildet (7). Doch gestatten die Particularrechte, wenn die Rechnung im ersten Jahr gehörig abgelegt ist, späterhin verschiedene Termine nach der Größe des Vermögens (8). Ist der Vormund nach einer bestimmten Frist, gewöhnlich 2—3 Monaten, noch säumig, so treten Zwangsmittel ein (9).

III. Die Rechnung wird der Obrigkeit abgelegt (10), welches sie nach den Grundsätzen des Rechnungsprozesses zu prüfen und zu justificiren hat.

IV. Die Rechnung muß nächst der gehörigen Rubrik und einem Vorbericht über die Geschichte der Vormundschaft und den Zustand des Vermögens 1) zunächst die beiden Hauptrubriken Einnahme und Ausgabe (Reste, Veränderungen am Capital und currente Einnahmen und Ausgaben), 2) sodann das Activ- oder Passiv-Remanet oder den

(5) Preuß. Landr. §. 693. 694. vgl. §. 652. Oesterr. Gesetzb. §. 238. v. Leonhardi Vorm. Lehre. S. 111. Staat für Vorm. 4. §. 2. Note 1. Cölln. Landr. XI. §. 6. Trier. Landr. XI. §. 13.

(6) R. P. O. a. a. O. Preuß. Landr. §. 647. Oesterr. Gesetzb. §. 239. Code civ. a. 470. Sächs. V. O. Cap. XVII. Bair. Landr. 1, 7. §. 16. Hannöv. Vorm. Instr. §. 79. Würtemb. V. v. 10. Sept. 1803 Reg. Blatt v. 1809. S. 114.

(7) Preuß. Landr. §. 655—656.

(8) Preuß. Landr. §. 651. v. Kamptz Prov. Rechte. II. S. 741.

(9) Preuß. Landr. §. 641. Oesterr. Gesetzb. §. 238.

(10) Nach dem Code civ. a. 470. dem Gegenvormund.

Abschluß und endlich 3) die Angabe des Vermögensbestandes enthalten. Bei den Einnahmen und Ausgaben muß der Vormund sich über das Debet, Credit und den Rest ausweisen, d. h. aufzeigen, was er einnehmen und ausgeben mußte, ob dieses wirklich und rechtzeitig, entweder baar oder nicht baar (in sogenannten durchlaufenden Leistungen und Compensationsposten) eingenommen und ausgegeben worden ist und was am Schluß der Rechnungsperiode noch nicht berichtigt, also in Rest geblieben ist (11). Auch muß der die Einnahmen und Ausgaben, durch das Inventar, die vorhergehende Rechnung, oder durch Belege und bei Alimenten durch das Eingeständniß des Pfleglings gehörig beweisen (12).

V. Mehrere Vormünder, welche die Vormundschaft ungetheilt verwalten, legen gemeinschaftlich eine Rechnung, während ein Vormund mehrerer Pflegbefohlenen mehrere Rechnungen aufzustellen hat, ausgenommen wenn das Vermögen noch unvertheilt ist. Eben so hat ein Vormund über das in verschiedenen Regionen oder Geschäftszweigen vertheilte Vermögen eben so viele verschiedene Rechnungen abzulegen, jedoch den Ueberschuß der besonderen Rechnungen oder die Bilanz der Handlung in der Hauptrechnung aufzuführen (13).

(11) Formulare zu Vormundschaftsrechnungen s. hinter der Sächs. V. O. bei Claproth Unterricht. S. 42 ff. besonders Stein S. 275—319.

(12) Preuß. Landr. §. 660.

(13) Preuß. Landr. §. 648—650. 653. 672—677. Oesterr. G. B. §. 234. 240. v. Leonhardi Vorm. Lehre. S. 113. Würtemb. Staat für Vorm. Cap. 4. §. 3.

Gedruckt bei Johann Friedrich Starcke.



de la I

